

Die Haftung des Kollektivgesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
vorgelegt von

DAVID VON WYSS
vorn Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. G. Weiß

Die Haftung des Kollektivgesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
vorgelegt von

DAVID VON WYSS
Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. G. Weiß

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 1. November 1952

Der Dekan
Prof. Dr. W. Bickel



1953

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau

Meinen Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG	13
----------------------	----

1. Abschnitt: DIE ART DER HAFTUNG

§ 1 Die Haftung mit dem ganzen Vermögen

I. Bedeutung	17
a) als Kriterium der Kollektivgesellschaft	17
b) als wesentliches Element der Gesellschaft	18
II. Entstehung	21
a) im allgemeinen	21
b) für den in eine bestehende Gesellschaft eintretenden Gesellschafter	22
III. Beschränkung der Haftung	23
a) von Gesetzes wegen auf Grund persönlicher Verhältnisse	23
b) durch besondere Abreden mit bestimmten Gläubigern	24

§ 2 Die Solidarität

I. Im allgemeinen	24
a) Bedeutung	24
b) die gesetzliche Regelung	25
II. Zwischen Gesellschaft und Gesellschafter	26
III. Gegenüber dem Mitgesellschafter	27
a) in den vom Gesellschaftsverhältnis rechtlich unabhängigen Rechtsverhältnissen	28
b) für das Abfindungsguthaben	30
c) für gesellschaftliche Ansprüche	31

§ 3 Die Subsidiarität

I. Die Schaffung der Bestimmung im schweizerischen Recht	32
a) die zürcherische Entwicklung	32
b) die schweizerische Entwicklung	33
II. Die ausländischen Regelungen	34
a) die verschiedenen Lösungen	34
b) ihre Begründung	35
c) Würdigung	37
III. Der Verzicht auf die Subsidiarität	38
a) durch Verzicht auf die Vorklage	38
b) durch Eingehen einer Solidarbürgschaft	39

2. Abschnitt: DIE RECHTSNATUR DER HAFTUNG

§ 4 Die Rechtsstellung des Gesellschafters als Haftungssubjekt

I. Der Gesellschafter als eigentliches Haftungssubjekt	41
a) der Begriff der Haftung	41
b) die Gesellschaft und der Gesellschafter als Haftungssubjekte . .	42
II. Der Gesellschafter als Subjekt eines Schuldverhältnisses	45
a) Problemstellung	45

b) der Gesellschafter als Subjekt des gleichen Schuldverhältnisses wie die Gesellschaft	45
c) der Gesellschafter als Subjekt eines besonderen Schuldverhältnisses	49

§ 5 *Der Inhalt der Verpflichtung*

I. Einleitung	50
II. Die Identität mit dem Inhalt der Verpflichtung der Gesellschaft	51
a) bei Geldschulden	51
b) bei Verpflichtungen zu einer Sachleistung oder zu einem Handeln	51
c) bei Verpflichtungen zu einem Unterlassen	52
III. Der besondere Inhalt, kraft Haftung	53
a) die gesetzliche Regelung	53
b) das Interesse der Beteiligten	54

§ 6 *Die Haftung des Gesellschafters im Verhältnis zur Gesellschaftsschuld*

I. Das Abhängigkeitsverhältnis	56
II. Die Haftung des Kollektivgesellschafters als bürgschaftsähnliche Erscheinung	57
a) der Kollektivgesellschaftler und der Bürge als Haftungssubjekte	58
b) der Inhalt der Verpflichtung	58
c) die Subsidiarität	58
d) die Akzessorietät	59
e) Ergebnis	61
III. Die Analogie zur Haftung der Mitglieder anderer Handelsgesellschaften	61
a) die Haftung des Kommanditärs	62
b) die Haftung des Gesellschafters der GmbH	63
c) die Haftung des Genossenschafters	63

3. Abschnitt: DIE GELTENDMACHUNG DER HAFTUNG

§ 7 *Der Eintritt der direkten Belangbarkeit*

I. Die Auflösung der Gesellschaft	66
a) die Liquidation	66
b) der Beginn der direkten Belangbarkeit	67
c) die Kompetenz zur Geltendmachung der Haftung	69
d) die Rechtsnatur der Haftung im Liquidationsstadium	70
II. Die erfolglose Betreibung und der Konkurs der Gesellschaft	70
a) im allgemeinen	70
b) die Wirkungen des Konkurses	71
c) die erfolglose Betreibung ohne Konkurs	73
III. Der Konkurs eines Gesellschafters	74
a) Bedeutung	74
b) Wirkungen	74

§ 8 *Die prozessuale Geltendmachung und die Einreden der Gesellschafter*

I. Der Gerichtsstand	76
--------------------------------	----

II. Das Verhältnis zum Gesellschaftsprozeß	77
a) im allgemeinen	77
b) die Rechtskraft des gegen die Gesellschaft gefällten Urteils . . .	79
III. Die Einreden des Gesellschafters	80
a) die der Gesellschaft zustehenden Einreden	80
b) die persönlichen Einreden	81
§ 9 <i>Die betreibungsrechtliche Geltendmachung</i>	
I. Der Betreibungsort	84
II. Die Betreibungsart.	85
a) die ordentliche Konkursbetreibung	85
b) die Wechselbetreibung.	87
III. Das Betreibungsverfahren	88
a) im allgemeinen	88
b) der Verlustschein aus dem Gesellschaftskonkurs.	89
c) der Arrest	90
IV. Der Nachlaßvertrag	91

Literaturverzeichnis

(Die nur mit einem Werk vertretenen Autoren werden nur mit ihrem Namen zitiert).

- ab-Yberg Alois*: Die Haftung der Genossenschafter. Diss. Zürich, 1942.
- Adler K.*: Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechtes. 1895.
- Apelbaum Johannes*: Basler Handelsgesellschaften im 15. Jahrhundert. Diss. Basel, 1915 (Maschinenschrift).
- von Arx Kurt*: Die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Diss. Zürich, 1948.
- Beck Emil*: Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich, 1942.
- Becker H.*: Kommentar zum Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen. 2. Aufl. Bern 1941.
- Behrend H.*: Lehrbuch des Handelsrechtes I. 1880.
- Berlinger Alice*: Die Rechtsstellung der Ehefrau als Handelsfrau. Diss. Bern 1934.
- Binder J.*: Zur Lehre von Schuld und Haftung; in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Band 77, S. 75ff. Jena 1927.
- Bischoff Charles-E.*: Die Haftung des Kommanditärs. Diss. Basel 1943 (Maschinenschrift).
- Blumenstein Ernst*: Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes. Bern 1911.
- Bluntschli J.C.*: Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich III, Forderungen und Schulden. Zürich 1855.
- Breitenbach Ludwig*: Die Haftung des ausgeschiedenen Kollektivgesellschafters für die Schulden der Gesellschaft. Diss. Freiburg 1944.
- Burchardt Walter*: Die rechtliche Natur der Personenverbände im schweizerischen Obligationenrecht. Diss. Bern 1896.
- Cosack Konrad*: Lehrbuch des Handelsrechtes. 12. Aufl. 1930.
- Daloz*: Nouveau Code de Commerce annoté. 1936.
- Düringer-Hachenburg*: Kommentar zum Handelsgesetzbuch II. 3. Aufl. 1932.
- Egger August*: Kommentar zum Personenrecht. 2. Aufl. Zürich 1930.
- Ehrenberg Viktor*: Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht. Jena 1880.
- Fischer Robert*: Die Haftung des Gesellschafters für Schulden der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Jena 1936.
- Furrer Reinhold*: Die Haftung des Kommanditisten im Vergleich zur Haftung des Komplementärs. Diss. Bern 1902.
- Gierke Otto*: Deutsches Privatrecht I und III. 1895 und 1917.
- Gierke Otto*: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.
- Gmür Max*: Kommentar zum Personenrecht. 2. Aufl. Bern 1919.
- Goldschmidt*: Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, ZHR 27, S. 38ff.
- Guhl Theo*: Das schweizerische Obligationenrecht. 4. Aufl. Zürich 1948.
- Guldener Max*: Das Zivilprozeßrecht der Schweiz. Zürich 1946.
- Gyr Max*: Willensmängel im Gesellschaftsrecht. Diss. Bern 1936.
- Gysin Arnold*: Bemerkungen zur Einführung der GmbH in der Schweiz. Festgabe für Carl Wieland, Basel 1934, S. 179 ff.

- Gysin Paul*: Die Parteifähigkeit der Kollektivgesellschaft. Diss. Basel 1925 (Maschinenschrift).
- Haab Robert*: Die Reform des Gesellschafts- und Wertpapierrechtes in der Schweiz. ZHR 90, S. 262 ff.
- Haab Robert*: Kommentar zum Sachenrecht. 2. Aufl. Zürich 1930 ff.
- Hacmann*: Zur Entwicklung der OHG. ZHR 69, S. 74 ff.
- Hagmann Max*: Der Konkurs der Kollektivgesellschaft nach schweizerischem Recht. Diss. Basel 1925 (Maschinenschrift).
- Hartmann Wilhelm*: Kommentar zum Obligationenrecht, die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft. Bern 1943.
- Hausherr Paul*: Die Übernahme durch einen Kollektivgesellschafter unter Ausscheiden der übrigen Gesellschafter. Diss. Freiburg 1928.
- Houpin-Bosvieux*: Traité général, théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales. 7. Aufl. Paris 1937.
- Jaeger Carl*: Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs. 3. Aufl. Zürich 1911.
- Jaeger-Daeniker*: SchKG-Praxis, 1911–1945. Zürich 1947.
- Jaeger Ernst*: Die OHG im Zivilprozeß. Festschrift Sohn 1915, S. 3 ff. Leipzig 1915.
- Janggen-Becker*: Kommentar zum Obligationenrecht, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Bern 1939.
- Kaufmann Otto-K.*: Die Haftungsverhältnisse in der schweizerischen GmbH. Diss. Zürich 1940.
- Kobelt Hans*: Die Entwicklung der Handelsgesellschaften und ihres Rechtes in der Schweiz. Diss. Bern 1916.
- Kuntze*: Prinzip und System der Handelsgesellschaften. ZHR 6, S. 177 ff.
- Laband*: Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. ZHR 30, S. 508 ff., 31, S. 1 ff.
- Lardelli A.*: Beiträge zum Bürgschaftsrecht. SJZ 26, S. 93 ff.
- Lehmann Heinrich*: Die Enthaltung des ausgeschiedenen Gesellschafters der OHG. ZHR 79, S. 57 ff.
- Lehmann K.*: Lehrbuch des Handelsrechts. 3. Aufl. 1921.
- Levi Werner*: Entstehung, Erfüllung und Nichterfüllung des Gesellschaftsvertrages nach den allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen OR. Diss. Freiburg 1934.
- Lyon-Caen et Renault*: Manuel de droit commercial. 12. Aufl. 1919.
- Lyon-Caen et Renault*: Traité de droit commercial II. 5. Aufl. Paris 1926.
- Mangold Theodor*: Die Verjährung der Haftung des Kollektivgesellschafters. Diss. Zürich 1947.
- Mettler Jakob*: Die Bestellung und Abberufung von Liquidatoren der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, sowie der Aktiengesellschaft. Diss. Zürich 1929.
- Moor Paul*: Der Konkurs der Kollektivgesellschaft und ihrer Mitglieder. Diss. Bern 1918.
- Moser Ulrich*: Fragen, die sich aus dem Verhältnis zwischen den die Kollektivgesellschaft fortsetzenden Gesellschaftern und dem ausgeschiedenen Teilhaber ergeben. Diss. Zürich 1948.
- Munzinger*: Motive zum Entwurf eines schweizerischen Handelsrechtes. 1865.

- Oser-Schönenberger*: Kommentar zum Obligationenrecht. 2. Aufl. Zürich 1929 ff.
- Pelet Jean*: La théorie dualiste de l'obligation et son application au droit suisse. Diss. Lausanne 1937.
- Pic Paul*: Des sociétés commerciales I. 2. Aufl. Paris 1925.
- Pinösch J.*: Die rechtliche Stellung des Liquidators einer Kollektiv- und Aktiengesellschaft. Diss. Zürich 1936.
- Pisko O.*: Die beschränkte Haftung des Einzelkaufmanns. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht 37, S. 706 ff.
- Reichel Hans*: Die Schuldmitübernahme. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht, Band 19. München 1909.
- Reichel Hans*: Gewillkürte Haftungsbeschränkung. Festschrift Cohn, S. 203 ff.
- Reichel Hans*: Verbürgung für Schulden einer Kollektivgesellschaft. SJZ 18, S. 265 ff.
- Rospatt*: Zur Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der OHG und ihrem Verhältnis zur Haftung der Gesellschaft. Zentralblatt für Handelsrecht 7 S. 241 ff. Berlin 1932.
- Rossel Virgile*: Manuel du droit fédéral des obligations. 4. Aufl. 1920.
- Schläpfer H. U.*: Die Ungültigkeit obligatorischer Verträge handlungsunfähiger Personen. Diss. Bern 1918.
- Schlegelberger Franz*: Kommentar zum HGB I. Berlin 1939.
- Schneider-Fick*: Kommentar zum Obligationenrecht II. 4. Aufl. Zürich 1915.
- Schönenberger Wilhelm*: Kommentar zum Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 2. Aufl. Zürich 1945.
- Schreiber Otto*: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, München 1925.
- Schultheß Friedrich*: Die Verpflichtung des Bürgen nach schweizerischem Recht. ZSR 44, S. 63 ff.
- Siegwart Alfred*: Die Stellungnahme der schweizerischen Gerichte zum Problem der juristischen Persönlichkeit der Kollektiv-Gesellschaft und ihre Rückwirkung auf den Inhalt der Entscheide. Festgabe Carl Wieland, Basel 1934. S. 355 ff.
- Siegwart Alfred*: Kommentar zum Obligationenrecht, die Personengesellschaften. 2. Aufl. Zürich 1938.
- Speiser Paul*: Die Kapitaleinlage der Kollektivgesellschafter. ZSR 9, S. 332 ff.
- Staub-Pinner*: Kommentar zum HGB. 14. Aufl. Berlin 1932.
- Staub-Pisko*: Kommentar zum ADHGB. 2. Aufl. 1908.
- von Steiger Werner*: Kommentar zum Obligationenrecht, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 1. Lieferung 1951.
- Steinmann Otto*: Haftung der Kollektiv-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden. Diss. Bern 1901.
- von Tuhr Andreas*: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechtes. Leipzig 1910. (Zit. v. Tuhr, BGB.)
- von Tuhr-Siegwart*: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Zürich 1944. (Zit. v. Tuhr, OR.)
- Vivante Cesare*: Trattato di diritto commerciale II. 5. Aufl. Mailand 1934.
- Vollenweider Anny*: Die Rechtsstellung der Ehefrau insbesondere als Kollektiv- und Kommanditgesellschafterin. Diss. Bern, 1925.
- Weber Max*: Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter. Stuttgart 1889.
- Weipert O.*: Kommentar zum HGB II. 2. Aufl. 1950.

Wieland Alfred: Rechte des Gesellschafters gegenüber der Handelsgesellschaft, welche ihn durch Betrug zum Beitritte veranlaßt hat, in Konkurrenz mit den Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger. ZHR 64, S. 75 ff.

Wieland Alfred: Willensmängel beim Beitritt zu einer Handelsgesellschaft. Festgabe Carl Wieland, Basel 1934. S. 423 ff.

Wieland Karl: Die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. ZSR 14, S. 233 ff.

Wieland Karl: Handelsrecht I. München und Leipzig 1921. (Zit. Wieland.)

Materialien

Protokoll der Zürcher Gesetzesrevisionskommission von 1854. (Ungedruckt.)

Entwurf zu einem schweizerischen Handelsrecht von 1864.

Entwurf zu einem schweizerischen Obligationenrecht von 1869/72.

Entwurf zu einem schweizerischen Obligationenrecht von 1876.

Entwurf zu einem schweizerischen Obligationenrecht von 1879.

Botschaft des Bundesrates, BB1 1880 I 149 ff.

Bericht der nationalrätlichen Kommission, BB1 1881 I 153 ff.

Botschaft des Bundesrates, BB1 1905 II 1 ff.

Entwurf I betr. die Revision der Titel 24–33 des OR von 1919.

Bericht I (Huber) betr. die Revision vom März 1920.

Entwurf II betr. die Revision vom Dezember 1923.

Bericht II (Hoffmann) betr. die Revision vom Dezember 1923.

Protokoll der Expertenkommission I von 1924.

Entwurf des Bundesrates betr. die Revision vom Februar 1928.

Abkürzungen

<i>AG</i>	Aktiengesellschaft
<i>aOR</i>	Schweizerisches Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.
<i>ADHGB</i>	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch vom 17. 12. 1862.
<i>BBl</i>	Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft.
<i>BGB</i>	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. 8. 1896.
<i>BGE</i>	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung.
<i>BlHE</i>	Schweizerische ' Blätter für handelsgerichtliche Entscheidungen (Zürich).
<i>Busch, Archiv</i>	Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Verkehrsrechtes.
<i>BV</i>	Bundesverfassung
<i>C.c.</i>	Code civil français.
<i>C.com.</i>	Code de commerce français. Codice di commercio italiano.
<i>GmbH</i>	Gesellschaft mit beschränkter Haftung.
<i>HGB</i>	Handelsgesetzbuch des deutschen Reiches vom 10. 5. 1897.
<i>Jtrib</i>	Journal des tribunaux (Lausanne).
<i>MBK</i>	Monatsblätter für Betreibungs- und Konkursrecht.
<i>OHG</i>	Offene Handelsgesellschaft
<i>OR</i>	Schweizerisches Obligationenrecht in der heutigen Fassung
<i>Pra</i>	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes
<i>RG in Ziv.</i>	Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen.
<i>Rep</i>	Repertorio die Giurisprudenza Patria (Bellinzona)
<i>Rev.</i>	Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechtes.
<i>SchKG</i>	Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. 4. 1889 mit seitherigen Änderungen.
<i>Sem</i>	La Semaine Judiciaire (Genève).
<i>SJZ</i>	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich).
<i>SZBKR</i>	Schweizerische Zeitschrift für Betreibungs- und Konkursrecht.
<i>VAargR</i>	Vierteljahresschrift für aargauische Rechtsprechung.
<i>VO</i>	Verordnung
<i>ZBJV</i>	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
<i>ZGB</i>	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907.
<i>ZHR</i>	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, be- gründet von Goldschmidt.
<i>ZPO</i>	Zivilprozeßordnung.
<i>ZR</i>	Blätter für zürcherische Rechtsprechung.
<i>ZSR</i>	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel).

Die Haftung des Kollektivgesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft

Einleitung

«Die Juristen sollen den Bedürfnissen der Lebenden dienen. Sie sollen die heilige Idee des Rechts in ihrer Reinheit und Klarheit unter den Menschen bewahren und bezeugen, und auf die Nachwelt überliefern, die positive Darstellung und Fortbildung des Rechts, theils erkennen und beachten, theils nach den jeweiligen Verhältnissen und Bedürfnissen des Lebens fördern, und ihrem Berufe und ihrer Stellung gemäß sorgen, daß jeder sich des friedlichen Genusses seiner Rechtssphäre erfreue, keiner darin verkümmert oder verletzt werde. Letzteres ist die Hauptsache, und als Leuchter zu diesem praktischen Ziele ist die Rechtswissenschaft bestellt». (J. C. Bluntschli, im Vorwort zu seinem Deutschen Privatrecht, S.VI, München, 1853.)

Die Haftung des Kollektivgesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist – dem Wesen der Gesellschaft entsprechend – *unbeschränkt*, – wie bei allen Handelsgesellschaften – *solidarisch*, – im schweizerischen Recht dazu noch ausdrücklich – *subsidiär*.

Von diesen drei feststehenden Prämissen aus, die in einem ersten Abschnitt in ihrer Bedeutung und Funktion nach außen, gegenüber Dritten, und nach innen, im Verhältnis der Gesellschafter unter sich, abgegrenzt werden sollen, will ich versuchen, die Rechtsnatur der Haftung des Kollektivgesellschafters zu bestimmen. In einem dritten Abschnitt sollen die gewonnenen Ergebnisse auf ihre Anwendbarkeit zur Lösung der Fragen überprüft werden, die sich der Praxis bei der Geltendmachung der Haftung stellen.

Die handelsrechtlichen Kodifikationen sind aus den bewährten Gewohnheiten und den Bedürfnissen des Handels erwachsen. Die Sicherung des wirtschaftlichen Verkehrs und eine angemessene Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten standen bei der gesetzlichen Fixierung im Vordergrund und sollen auch in der vorliegenden Arbeit die ihnen zukommende Stellung erhalten.

Der Streit um die Rechtspersönlichkeit der Kollektivgesellschaft hat allzulange die dogmatische Erfassung ihrer wesentlichsten Insti-

tute beherrscht; Einzelfragen wurden in das allgemeine Schema gepreßt und je nach dem Standpunkt des Verfassers in bezug auf die Rechtspersönlichkeit im einen oder anderen Sinne einseitig gelöst. Der schweizerische Gesetzgeber konnte sich glücklicherweise sowohl 1881 wie auch bei der Revision des Obligationenrechts von 1936 von einer einseitigen Festlegung auf die vorherrschende Meinung in dieser Frage freihalten; er hat die Erfordernisse der Praxis vor die rein dogmatischen Überlegungen gestellt. Dagegen hat sich die Judikatur verschiedentlich verführen lassen, ihre Entscheide mit der Ablehnung der juristischen Persönlichkeit zu begründen, statt eine auf Grund der Gesetzesauslegung gebotene Interessenabwägung vorzunehmen.

Karl Wieland ist es gelungen, die dogmatische Kontroverse über die Rechtspersönlichkeit der Kollektivgesellschaft nach einem letzten, durch seine Bejahung der juristischen Persönlichkeit bedingten Aufflackern in den Hintergrund zu drängen¹. Es hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß die Lösung dieser Frage davon abhängt, was man unter dem Begriff der juristischen Person versteht, und daß aus diesem Grunde daraus keine praktischen Schlüsse zu ziehen sind. Die wirtschaftlichen Gegebenheiten verlangen eine einheitliche Behandlung sämtlicher Handelsgesellschaften; die gesetzlichen Grundlagen und die Abwägung der Interessen des Handelsverkehrs und der Beteiligten im Sinne des Gesetzgebers bieten eine genügende Grundlage zur Lösung der sich im Handelsrecht ergebenden Fragen.

Doch noch allzuoft wird den von Wieland nach diesen Grundsätzen begründeten Lösungen mit dem Einwand begegnet, daß sie von seiner Auffassung über die juristische Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft herrühren. In der vorliegenden Arbeit sollen, ohne in der prinzipiellen Frage nach der Rechtspersönlichkeit der Kollektivgesellschaft Stellung zu nehmen, die Rechtssphäre des Gesellschafters als Haftungssubjekt, des Gesellschaftsgläubigers und der Gesellschaft als Vereinigung der Gesellschafter zum Betrieb eines Gewerbes unter

¹ *Karl Wieland*, Handelsrecht I S. 396 ff., besonders S. 406 ff., 417 ff., 425: «Sämtliche Handelsgesellschaften, so läßt sich das Ergebnis der neueren Rechtsentwicklung zusammenfassen, sind Gesellschaften, insofern sie sich auf Vertrag gründen, Gemeinschaften zu gesamter Hand, insofern ihr Vermögen gemeinsames Vermögen der Mitglieder ist, juristische Personen, insoweit sie nach außen nach gewissen Richtungen hin nach Art selbständiger Rechtsträger rechtlich behandelt werden».

gemeinsamer Firma (OR 552 I und 553) gegeneinander abgegrenzt werden.

Das Verhältnis der Gesellschafter unter sich, soweit es nicht – wie die Solidarität – die Beziehungen zu den Gesellschaftsgläubigern berührt, bleibt unberücksichtigt, trotzdem gerade das Regreßrecht für den Umfang der Haftung des einzelnen Gesellschafters schlußendlich ausschlaggebend ist. Da sich neuere Dissertationen mit verschiedenen Spezialproblemen, die unter den Titel dieser Arbeit fallen würden, befaßt haben, wurde auf die Darstellung der Verjährung und damit der gesetzlichen Beendigungsform der Haftung des Kollektivgesellschafters, sowie auf die Berücksichtigung der Haftung des ausscheidenden und des ausgeschlossenen Gesellschafters und des Übernehmers des Geschäftes mit Aktiven und Passiven verzichtet². Bei Einzelfragen, die eine vertiefte Behandlung – sei es durch Wieland in seinem Handelsrecht, sei es in einzelnen Monographien – gefunden haben, und bei denen sich keine neuen Aspekte zeigten, wurde, um Wiederholungen nach Möglichkeit zu vermeiden, nur auf die betreffenden Stellen verwiesen. Besonders die prozessuale und betriebsrechtliche Geltendmachung der Haftung mag dadurch eine vielleicht willkürlich und einseitig erscheinende Darstellung erhalten haben.

Die historische Entwicklung der Kollektivgesellschaft aus den mittelalterlichen italienischen Stadtrechten hat in der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts und in den ersten Dezennien dieses Jahrhunderts eine genügende Aufklärung gefunden³; es sei nur im Zusammenhang mit der Subsidiarität der Haftung, wo die Schweiz Sonderwege gegangen ist, darauf verwiesen. Ebenso wurde der Vergleich mit den wichtigsten kontinentalen Kodifikationen auf diesen Abschnitt beschränkt, da er nur dort von Interesse und Bedeutung ist, wo von gleichen Voraussetzungen aus verschiedene Lösungen anzutreffen sind.

² vgl. *Mangold*, Die Verjährung der Haftung des Kollektivgesellschafters, Diss. Zürich, 1947; *Breitenbach*, Die Haftung des ausgeschiedenen Kollektivgesellschafters für die Schulden der Gesellschaft, Diss. Freiburg, 1944; *Hausherr*, Die Übernahme mit Aktiven und Passiven durch einen Kollektivgesellschafter unter Ausscheiden der übrigen Gesellschafter, Diss. Freiburg, 1928.

³ vgl. die Zusammenstellung der Literatur bei *Wieland*, S. 521, Anm. 25; *Hans Kobelt*, Die Entwicklung der Handelsgesellschaften und ihres Rechtes in der Schweiz, Diss. Bern, 1916.

Die vergleichende Darstellung der Haftung bei den verschiedenen Handelsgesellschaften, wie sie von Wieland postuliert worden ist⁴, hätte den Rahmen dieser Arbeit gesprengt; die analoge Rechtslage bei den übrigen Handelsgesellschaften wird nur im Anschluß an die Rechtsnatur der Haftung des Kollektivgesellschafters kurz skizziert. Da neuere Dissertationen über die Haftung des Kommanditärs⁵, des Mitgliedes der Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶ und des Genossenschafters⁷ vorliegen, sind nun für eine zusammenfassende Monographie wesentliche Grundlagen gegeben.

⁴ vgl. *Wieland*, S. 389, S. 402 ff.

⁵ *Charles-Edouard Bischoff*, Diss. Basel, 1943.

⁶ *Otto Konstantin Kaufmann*, Diss. Zürich, 1940.

⁷ *Alois ab-Yberg*, Diss. Zürich, 1942.

1. Abschnitt:

Die Art der Haftung**§ 1 Die Haftung mit dem ganzen Vermögen****I. Bedeutung***a) als Kriterium der Kollektivgesellschaft*

Eine Besonderheit der Personengesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft), verglichen mit den Kapitalgesellschaften, liegt in der scharfen Trennung von Außen- und Innenverhältnis¹.

Das *Innenverhältnis*, d.h. das Verhältnis der Gesellschafter unter sich, wird vorwiegend durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt, ist somit innerhalb der allgemeinen gesetzlichen Schranken und abgesehen von den besonderen Bestimmungen, die in OR 558–560 zum Schutze des einzelnen Gesellschafters aufgestellt worden sind, rein dispositiver Natur²; nur subsidiär gelangen die Vorschriften über die einfache Gesellschaft zur Anwendung (OR 557). Ein Schutz der Interessen der Gesellschaftsgläubiger besteht nicht; diesen ist insbesondere rechtlich keine Einsichts- und Einwirkungsmöglichkeit in die Gestaltung des Innenverhältnisses gegeben, da die Publizitätsvorschriften auf ein Minimum reduziert sind (OR 554–556).

Das *Außenverhältnis*, d.h. das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten, weist im Gegensatz dazu vorwiegend zwingende Regeln auf, die unabhängig von der Art der Regelung des Innenverhältnisses zur Anwendung gelangen³.

Im Außenverhältnis finden wir als besonderes Merkmal der Kollektivgesellschaft, verglichen mit den übrigen Gesellschaften des Handelsrechts, die Vermutung der Vertretungsmacht jedes Gesellschafters, auf die sich gutgläubige Dritte mangels einer entgegenstehenden

¹ vgl. *Wieland*, S. 493, 501.

² BGE 53 II 495.

³ vgl. *Hartmann*, Art. 552, N. 6; *Wieland*, S. 501 spricht vom starren und unbeweglichen Charakter des Außenverhältnisses; *Munzinger*, Motive, 1865 S. 59: «Es liegt ganz deutlich das Charakteristische der modernen Kollektivgesellschaft nicht in den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter untereinander, welche je nach dem Gesellschaftsvertrag sehr verschiedenartig ausgestaltet sein können, sondern in der Stellung der Gesellschaft gegen Außen».

Eintragung im Handelsregister unbedingt verlassen können (OR 563)⁴, und die Haftung sämtlicher Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen (OR 568 I)⁵. Während der Ausschluß der Vertretungsmacht einzelner Gesellschafter mit dem Wesen der Kollektivgesellschaft in keiner Weise in Widerspruch steht und durch die Eintragung im Handelsregister auch gegenüber gutgläubigen Dritten sanktioniert wird (OR 563), haften alle Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen auch gegen ihren Willen von Gesetzes wegen (OR 568 II). Die unbeschränkte Haftung gelangt durch das Auftreten als Kollektivgesellschaft nach außen automatisch zur Entstehung, wenn nicht die gesetzlichen Voraussetzungen für eine der anderen im Obligationenrecht vorgesehenen Gesellschaftsformen gegeben sind⁶. Die Haftung mit dem ganzen Vermögen ist das nach außen entscheidende Kriterium, durch das sich der Kollektivgesellschafter von den Mitgliedern einer anderen Handelsgesellschaft unterscheidet⁷.

b) als wesentliches Element der Gesellschaft

Die Haftung sämtlicher Gesellschafter mit ihrem ganzen Privatvermögen muß einen entscheidenden Einfluß auf die weitere Ausgestaltung der Gesellschaft haben und durch die besondere Struktur der Gesellschaft bedingt sein, die Kollektivgesellschaft würde sonst nicht als einzige Handelsgesellschaft die unbeschränkte Haftung zwingend involvieren.

1. das Korrelat einer unmittelbaren persönlichen Beteiligung: Einer älteren Anschauung erschien die Haftung mit dem ganzen Vermögen als notwendiges Korrelat einer unmittelbaren persönlichen Beteiligung der Gesellschafter an den Geschäften der Gesellschaft. Eine Beschränkung der Haftung schien nur dort zulässig zu sein, wo dem

⁴ vgl. *Sieewart*, Art. 552/53, N. 4.

⁵ dem Kollektivgesellschafter ist in bezug auf Haftung und Vertretung der Komplementär der Kommanditgesellschaft gleichgestellt (OR 594 I, 603).

⁶ vgl. *Sieewart*, Art. 552/53, N. 5; *Wieland*, S. 520, Anm. 22; Die Bedeutung der unbeschränkten Haftung zeigt sich im Gesetz schon daraus, daß sie, im Gegensatz zur Vermutung der Vertretungsmacht, in OR 552 bei der Begriffsbestimmung der Kollektivgesellschaft aufgeführt wird, um in OR 568, dem eigentlichen Haftungsartikel, erneut, diesmal positiv, statuiert zu werden.

⁷ Außer dem Kollektivgesellschafter und dem Komplementär der Kommanditgesellschaft haften unbeschränkt: der Komplementär der Kommanditaktiengesellschaft (OR 764 I) und nur im Falle einer entsprechenden Bestimmung in den Statuten der Genossenschafter (OR 869).

Gesellschafter der maßgebende Einfluß auf die Verwaltung des Unternehmens fehlt⁸. Die präsuntive Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht jedes einzelnen Gesellschafters (OR 535 und 563) und besonders die Bestimmung, daß auch der Kommanditär unbeschränkt hafte, sobald er als Geschäftsführer auftrete (OR 605)⁹, lassen einen solchen Schluß durchaus zu.

Durch die Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde jedoch eindeutig erwiesen, daß trotz direkter persönlicher Beteiligung der Gesellschafter an den Geschäften der Gesellschaft (OR 811) die Haftung sämtlicher Gesellschafter beschränkt werden kann, ohne Verlust der für jedes Handelsunternehmen lebensnotwendigen Kreditbasis, wenn den Gesellschaftsgläubigern durch andere legislatorische Maßnahmen, insbesondere durch Erhöhung der Publizitätsvorschriften (OR 776, Ziff. 3 und 4), eine hinreichende Sicherung für die fehlende Haftung mit dem ganzen Privatvermögen geboten wird¹⁰.

Die häufigen Umwandlungen von Einzelfirmen und Personengesellschaften in Aktiengesellschaften, nur um den mit der unbeschränkten Haftung verbundenen Gefahren zu entgehen, ohne an den tatsächlichen Verhältnissen Wesentliches zu ändern, erweisen, daß rein wirtschaftliche Erwägungen, auf die das Maß der persönlichen Beteiligung einen Einfluß haben kann aber nicht muß, zur Wahl

⁸ vgl. *Laband*, ZHR 30, S. 510; *Ehrenberg*, S. 26; *Steinmann*, S. 11 ff. geht soweit, die unbeschränkte Haftung als notwendige Folge jeder personenrechtlichen Gemeinschaft darzustellen. Eine Beschränkung der Haftung sei nur bei dinglichen Ansprüchen oder beim Vorliegen einer juristischen Person als Drittperson möglich. Der Kommanditär soll persönlich nicht an der Gesellschaft beteiligt, sondern ein bloßer Partizipant im Sinne eines stillen Gesellschafters sein, der jedoch deckungspflichtig ist (vgl. *Steinmann*, S. 12, Anm. 2 und meine Stellungnahme unten, S. 62).

⁹ die unbeschränkte Haftung gilt nach rev. OR nur gegenüber dem gutgläubigen Gesellschaftsgläubiger, der nicht weiß, daß der Gesellschaftsvertreter nur als Kommanditär haftet; vgl. *Bischoff*, S. 108 ff., bes. S. 112 ff.

¹⁰ vgl. *Wieland*, S. 491 f.; *Pisko*, S. 706 f. Unter diesen Bedingungen ist auch die Beschränkung der Haftung des Einzelkaufmanns durchaus zu verwirklichen, wenn sie einem wirtschaftlichen Bedürfnis entsprechen sollte. *Wieland*, ZSR 14, S. 233 f.; *Speiser*, ZSR 9, S. 344 f. und *Pisko*, S. 707 erscheint die Ausdehnung der beschränkten Haftung auf den Einzelkaufmann als logische Folge der Errichtung der GmbH; vgl. auch die ausführliche Untersuchung von *Roger Ischer*: *Vers la responsabilité limitée du commerçant individuel*, Diss. Bern 1939; die Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung ist im liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrecht von 1926 vorgesehen.

der einen oder der andern der vom Gesetz vorgesehenen Gesellschaftsformen führen¹¹.

Wenn die unmittelbare persönliche Beteiligung der Gesellschafter die unbeschränkte Haftung nicht notwendigerweise nach sich zieht, übt sie doch einen bestimmenden Einfluß auf die besondere Gestaltung der Kollektivgesellschaft aus; die Schaffung der für eine Beschränkung der Haftung erforderlichen Kontrollmaßnahmen und Publizitätsvorschriften wird dadurch erschwert und würde eine derart schwerfällige Struktur bedingen, daß sie zum übrigen Aufbau der Kollektivgesellschaft als einfachste Handelsgesellschaft in keinem annehmbaren Verhältnis mehr stehen würde¹².

2. *der Ersatz für ein bestimmtes Gesellschaftsvermögen*: Die unbeschränkte Haftung sämtlicher Gesellschafter bildet den Ersatz für ein bestimmtes den Gläubigern verhaftetes Sondervermögen¹³.

Der Bestand eines Vermögens der Kollektivgesellschaft hängt ausschließlich vom Willen der Gesellschafter ab; die Höhe des Gesellschaftsvermögens wird im Gesellschaftsvertrag festgesetzt, ohne Publikation im Handelsregister und mit der Möglichkeit jederzeitiger Abänderung durch Gesellschaftsbeschluß. Die Gläubiger können dessen jederzeitige Verminderung durch Bezüge der Gesellschafter nicht verhindern¹⁴.

¹¹ Pisko, S. 707: «Die legislatorische Rechtfertigung der beschränkten Haftung liegt einfach in dem Bedürfnis des Verkehrs, das Risiko, das der Betrieb eines Unternehmens mit sich bringt, zu beschränken».

¹² die komplizierte, schwerfällige Struktur, mit der die GmbH im OR ausgestattet worden ist, bildet – neben den kumulativ aufeinandergepfropften Vorschriften der AG über die Kapitaldeckungspflicht (OR 774 II, 798 II und 799) und der Kollektivgesellschaft über die Haftung (OR 802), vgl. Kaufmann, S. 71 f. – den Grund, warum sie bis heute die in sie gesetzten Erwartungen als Ersatz für kleinere AG's nicht erfüllt hat. In Deutschland, wo die Kontrollmaßnahmen nicht so streng waren und die direkte Haftung fehlte, wurde sie dafür zur Gründung von schwindelhaften Unternehmungen mißbraucht; vgl. die Zusammenstellung von Gysin, Festschrift Wieland, S. 183.

¹³ vgl. Guhl, S. 389 f.; W. Burckhardt, Diss. S. 36 ff.; Ehrenberg, S. 399: «Das erste Erfordernis für jede beschränkte Haftung im Sinne unseres modernen Rechtes ist die Existenz eines Sondergutes, auf welches der Gläubiger mit seinen Ansprüchen ausschließlich angewiesen ist, wenn der Schuldner ihm nicht zahlt.»

¹⁴ beschränkt ist die Verfügungsmacht der Gesellschafter erst im Konkurse der Gesellschaft (OR 570), man kann daher nicht wie Levi, S. 64, von einem in ganz besonderem Maße gebundenen Vermögen sprechen. Die Gläubiger haben insbesondere keine Einspruchsmöglichkeit gegen eine Verletzung von OR 586 II, vgl. Sieg-

Einen hinreichenden Ersatz für das den Gläubigern nicht genügend gesicherte Gesellschaftsvermögen¹⁵ und damit die eigentliche Kreditbasis der Gesellschaft, auf die sich die Gläubiger im Handelsverkehr stützen können, bildet die Haftung aller Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen¹⁶.

Die unbeschränkte Haftung ergibt sich zwingend aus der strengen Scheidung zwischen Außen- und Innenverhältnis. Sie verleiht den Gesellschaftern in der Gestaltung ihres Innenverhältnisses die weitestgehende Freiheit, ohne auf die Interessen der Gesellschaftsgläubiger Rücksicht nehmen zu müssen. Andererseits stellt die unbeschränkte Haftung den gesamten persönlichen Kredit aller Gesellschafter in den Dienst der Gesellschaft, ohne daß die Privatvermögen aus bestehenden Bindungen zu lösen sind.

II. Entstehung

a) im allgemeinen

Da die Gestaltung des Innenverhältnisses der Einsicht der Gläubiger entzogen ist und die Haftung des Kollektivgesellschafters die Kreditbasis der Gesellschaft bildet, ist das Auftreten als Kollektivgesellschaft nach außen eine hinreichende Voraussetzung für die Entstehung der unbeschränkten Haftung.

Mit dem Eintrag ins Handelsregister, dem Beginn der geschäftlichen Tätigkeit unter gemeinsamer Firma oder anderer Kundmachung des Auftretens als Kollektivgesellschaft nach außen haften die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für sämtliche Verbindlich-

wart, Art. 586, N. 5 und 16; *Hartmann*, Art. 586, N. 4; anders bei der AG, OR 744 und 745. Vorbehalten bleibt die Anfechtungsklage im Konkurs der Gesellschaft (SchKG 285 ff.), vgl. *Siegwart*, Art. 570, N. 2 ff.; *Hartmann*, Art. 570, N. 5.

¹⁵ weiteres über das Gesellschaftsvermögen, unten S. 42 f.

¹⁶ vgl. *Wieland*, S. 494; *Fischer*, S. 77, 79 f.; *Vivante*, Trattato, N. 387: «In questa responsabilità solidale ed illimitata sta il carattere essenziale della società in nome collettivo. Questa responsabilità è indispensabile al loro credito, poichè non essendo obbligati a dare alcuna pubblicità ai loro bilanci, i terzi non possono misurare la propria fiducia sul loro patrimonio, che non conoscono, ma devono misurarla su quello dei soci». *Cosack*, S. 38 sieht darin keinen genügenden Schutz der Gesellschaftsgläubiger, da mit der Übertragung in das Privatvermögen die Vermögensstücke auch dem Zugriff der Privatgläubiger unterworfen seien.

keiten der Gesellschaft¹⁷. Ob ein Gesellschaftsvertrag, der die Grundlage des Verhältnisses der Gesellschafter unter sich und die Voraussetzung für die Existenz der Gesellschaft bildet, im Einzelfalle gültig zu Stande gekommen ist, kann die Haftung der Gesellschafter gutgläubigen Dritten gegenüber nicht beeinflussen¹⁸; der Gesellschafter muß auf Grund der nach außen abgegebenen Erklärung für die Gesellschaftsschulden eintreten¹⁹.

b) für den in eine bestehende Gesellschaft eintretenden Gesellschafter

Die strenge Scheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis übt ihren Einfluß auch auf die Entstehung der Haftung für den in eine bestehende Kollektivgesellschaft eintretenden Gesellschafter aus. Die Haftung mit dem ganzen Vermögen gelangt mit der Kundmachung nach außen durch den Eintrag in das Handelsregister, die Umwandlung der Firmenbezeichnung oder die Mitteilung an Dritte zur Entstehung. Der Beitritt als solcher, d. h. im Innenverhältnis genügt nicht, da in diesem Falle eine stille Beteiligung zu vermuten ist²⁰.

Der eintretende Gesellschafter haftet auf Grund von OR 569 auch für die vor seinem Beitritt entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft, was sich nicht mit dem Interesse der Gläubiger an der Wahrung der Kreditbasis der Gesellschaft erklären läßt. Die Haftung für die früher entstandenen Verbindlichkeiten bedeutet im Gegenteil

¹⁷ vgl. *Wieland*, S. 528 ff. und dort zitierte Entscheide; *Alfred Wieland* in *Festschrift Wieland*, S. 425, ZHR 64, S. 65 ff.; *W. Burckhardt*, Diss. S. 51; *Gyr*, S. 56 ff.; *v. Arx*, S. 70 ff.; Mängel in der Kundmachung nach außen, z. B. Unterlassung des Eintrages in das Handelsregister, trotz der in OR 942 vorgesehenen Sanktionen, können, da die Gesellschafter dafür eintreten müssen, den Gläubigern nicht entgegengehalten werden, vgl. *Jirib.* 36, S. 533; *Munzinger*, S. 61 f.

¹⁸ vgl. *Wieland*, S. 530 ff.; *v. Arx*, S. 32, 68 ff.; ZR 4, N. 189; RG in Ziv. 145, N. 158. Es bedeutet dies nicht, daß das Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses als begriffswesentliche Voraussetzung der Kollektivgesellschaft wegfallt; *a. M. Laband*, ZHR 30, S. 506 f. Die Unabhängigkeit des Außenverhältnisses, d. h. der Bestand einer sog. Außengesellschaft, bezieht sich nur auf die Haftung und die Vertretung, soweit sie vom Innenverhältnis losgelöst sind; vgl. *Wieland*, S. 501 ff. bes. S. 506.

¹⁹ betr. die Geltendmachung von Willensmängeln und Handlungsunfähigkeit, vgl. unten, S. 81 ff.

²⁰ vgl. BGE 47 II 156; *Siegwart*, Art. 568/69, N. 11; a. M. ZR 1, N. 54; *Munzinger*, S. 62; *Steinmann*, S. 86; *Hartmann*, Art. 569, N. 3; für die die Haftung gemäß OR 568 ipso jure entstehen soll und die daher auch auf den Gesellschaftsvertrag abstellen.

eine Erweiterung der Kreditbasis der Gesellschaft, mit der die Gesellschaftsgläubiger bei der Entstehung ihrer Forderungen noch nicht rechnen konnten. Die Gesellschafter haften für diese früheren Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzig aus Zweckmäßigkeitsgründen, um die Komplizierung der Rechtsbeziehungen durch die Schaffung verschiedener Gesellschafter- und Gläubigerkategorien zu vermeiden²¹.

III. Beschränkung der Haftung

Der Kollektivgesellschafter haftet unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in ihrem vollen Umfang und jeweiligen Bestand, aus welchem Rechtsgrund sie immer entstanden sind. Da die unbeschränkte Haftung die eigentliche Kreditbasis der Gesellschaft bildet, tritt sie von Gesetzes wegen auch ohne ausdrückliche Erklärung der Gesellschafter ein. OR 568 II statuiert ausdrücklich, daß entgegenstehende Abreden zwischen den Gesellschaftern Dritten gegenüber keine Wirkung haben. Eine Beschränkung der Haftung ist selten und nur in den folgenden Fällen zulässig.

a) von Gesetzes wegen auf Grund persönlicher Verhältnisse

Das Verbot der Beschränkung der Haftung in OR 568 II bezieht sich nur auf die willkürliche Haftungsbeschränkung durch Verabredungen zwischen den Gesellschaftern. Einer Beschränkung von Gesetzes wegen auf Grund persönlicher Verhältnisse der Gesellschafter kann diese Bestimmung nicht im Wege stehen²².

Ein Hindernis für die Haftung mit dem ganzen Vermögen in der Person eines Gesellschafter, wie die Handlungsunfähigkeit, wird jedoch in den meisten Fällen zur Nichtigkeit des Beitritts und seiner Folgen für den betreffenden Gesellschafter oder zur Bildung einer Kommanditgesellschaft führen²³. Beschränkt, d.h. nur mit ihrem Sondergut, haftet einzig die Ehefrau, die gegen das den Gläubigern bekannte

²¹ einem Ausschluß dieser Haftung durch öffentliche Erklärung steht OR 569 entgegen, a. M. v. *Arx*, S. 78. Betr. die Geltendmachung von Willensmängeln für diese Art von Verbindlichkeiten, vgl. unten, S. 83 und *Gyr*, S. 61.

²² vgl. *Sieewart*, Art. 568/69, N. 20; *Levi*, S. 31.

²³ vorbehalten bleibt die Zustimmung der Aufsichtsbehörde (ZGB 422, Ziff. 3), vgl. *Sieewart*, Art. 530, N. 3 ff.

oder durch die zuständige Behörde veröffentlichte Verbot des Ehemannes Mitglied einer Kollektivgesellschaft ist²⁴.

b) durch besondere Abreden mit bestimmten Gläubigern

Der Gesellschafter haftet mit seinem ganzen Vermögen ausschließlich im Interesse der Gesellschaftsgläubiger, denen eine andere hinreichende Sicherung für ihre Forderungen von Gesetzes wegen nicht geboten wird. Einem Verzicht bestimmter Gläubiger, denen das Vertrauen in die Person des Gesellschafters, das Gesellschaftsvermögen oder Pfandrechte eine hinreichende Sicherheit bedeuten, durch besondere Abreden mit einzelnen oder allen Gesellschaftern steht die *ratio legis* nicht entgegen²⁵.

§ 2 Die Solidarität

I. Im allgemeinen

a) Bedeutung

Die unbeschränkte Haftung erfüllt ihre Funktion als Kreditbasis der Gesellschaft nur dank der weiteren Sicherung, die den Gesellschaftsgläubigern durch die Solidarität der Haftung der Gesellschafter geboten wird¹.

Wie die Haftung mit dem ganzen Vermögen folgt auch die Solidarität notwendigerweise aus der strengen Scheidung zwischen

²⁴ vgl. *Egger*, Art. 167, N. 8; *Gmür*, Art. 167, N. 18; *Berlinger*, S. 98; a. M. *Vollenweider*, S. 68; dem Interesse des Verkehrs, mit dem Vollenweider argumentiert, wird durch die in ZGB 167 III vorgeschriebenen Publizitätsvorschriften in hinreichendem Maße entsprochen.

²⁵ vgl. *Reichel* in Festschrift Cohn, S. 210: «Das Zugriffsrecht des Gläubigers ist ein subjektives Recht wie jedes andere. Auf subjektive Rechte aber kann mindestens insoweit verzichtet werden, als nicht öffentliche Interessen entgegenstehen». Die Literatur ist sich in diesem Punkte einig, vgl. *Wieland*, S. 520, Anm. 22, S. 636, Anm. 3 und dort zit. Autoren; *Sieglwart*, Art. 568/69, N. 20; *Hartmann*, Art. 568, N. 3; *Reichel*, a.a.O. S. 203 ff.; vgl. auch Rep 1919, S. 182 ff.

¹ Vgl. *Oser-Schönenberger*, Art. 143, N. 1: «Der Zweck der Solidarschuld liegt in der dadurch ermöglichten vollständigen und sicheren Rechtsverfolgung. Die Verwendung erfolgt also ausschließlich im Interesse des Gläubigers». *Becker*, Vorb. zu Art. 143–150, N. 9: «Das rechtfertigende Motiv kann daher wohl nur die Sicherung des gemeinsamen Leistungszweckes sein».

Außen- und Innenverhältnis. Die quotenmäßige Haftung würde der Gesellschaft nur dann einen gewissen Kredit sichern, wenn die Gesellschaftsgläubiger eine genaue Kenntnis der Größe des Gesellschaftsvermögens und der Höhe der Beteiligung jedes einzelnen Gesellschafters und damit eine weitgehende Einsichtnahme in das Verhältnis der Gesellschafter unter sich hätten. Dazu müßte noch die freie Gestaltung des Innenverhältnisses und die uneingeschränkte Verfügungsmacht der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen verhindert werden².

Durch die solidarische Haftung erhält der Gesellschaftsgläubiger einen selbständigen Anspruch auf Befriedigung der ganzen Gesellschaftsschuld aus dem Privatvermögen jedes einzelnen Gesellschafters, ohne Rücksicht auf die Höhe seiner Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, in Konkurrenz zum Anspruch gegen die übrigen Gesellschafter³.

Der wirtschaftliche Kredit der Gesellschaft erhöht sich auf die Summe des Gesellschaftsvermögens und sämtlicher Privatvermögen der Gesellschafter, während bei einer rein quotenmäßigen Haftung das Maß der Sicherung der Gesellschaftsgläubiger sich nach dem wirtschaftlich schwächsten Glied der Gesellschaft richten würde⁴.

b) die gesetzliche Regelung

Da das Obligationenrecht die quotenmäßige Haftung mehrerer Schuldner für die selben Verbindlichkeiten präsumiert (OR 143), gelangt die Solidarität außer durch Vertrag oder Erklärung des Schuldners nur auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift zur Entstehung. Für die Kollektivgesellschaft finden wir die entsprechende

² Vgl. BGE 24 II 737; *W. Burckhardt*, Diss. S. 40; *Lyon-Caen et Renault*, Manuel, N. 128.

³ Vgl. *v. Tuhr*, OR S. 743.

⁴ *Steinmann*, S. 16 sieht den Grund für die solidarische Haftung in der gesamthänderischen Verbundenheit der Gesellschafter; so wie die Rechte des einzelnen Gesellschafters nicht auf eine bestimmte Quote des Gesellschaftsvermögens gehen, könne auch die Haftung für die Gesellschaftsschulden nicht auf einen bestimmten Anteil beschränkt werden; vgl. dazu *Gierke*, Deutsches Privatrecht, III S. 267, der nachweist, daß, wie die Haftung einzelner oder sämtlicher Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, sie auch nach Quoten unter die Gesellschafter verteilt werden kann, wie z. B. bei der Reederei (HGB 507) und unter bestimmten Umständen für die Miterben nach der Erbteilung (BGB 2060 und 2061, e contrario auch ZGB 639).

Bestimmung im eigentlichen Haftungsartikel (OR 568 I) mit demselben Zusatz wie für die unbeschränkte Haftung (OR 568 II), daß entgegenstehende Verabredungen unter den Gesellschaftern Dritten gegenüber keine Wirkung haben⁵.

Auf die Wahrung der Solidarität der Haftung haben die Gläubiger einen ebensogroßen Anspruch wie auf die Haftung mit dem ganzen Vermögen; die solidarische Haftung gelangt unter den gleichen Voraussetzungen zur Entstehung⁶, ihr Ausschluß ist ebenfalls nur durch besondere Abreden mit bestimmten Gläubigern oder Verzicht derselben möglich⁷.

II. Zwischen Gesellschaft und Gesellschafter

Die solidarische Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bedeutet nicht, daß von Gesetzes wegen Solidarität zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern besteht. OR 568 I muß einschränkend dahingehend interpretiert werden, daß nur die Gesellschafter unter sich solidarisch haften, da die Abhängigkeit der Haftung der Gesellschafter von der Gesellschaftsschuld⁸ mit dem Prinzip der Solidarität nicht zu vereinbaren ist⁹.

⁵ als Sicherungsmittel finden wir Solidarität von Gesetzes wegen bei allen Handelsgesellschaften, bei denen Gesellschafter neben der Leistung ihrer Kapitaleinlage für Gesellschaftsschulden einzustehen haben (vgl. OR 645, 750, 764, 802 und 838). Einzig bei der Genossenschaft wird bei unbeschränkter Haftung die Solidarität (OR 869 II) nur präsumiert (vgl. *ab-Yberg*, S. 120 f.), während bei beschränkter Haftung (OR 870) eine entsprechende Erwähnung der Solidarität fehlt, woraus gefolgert wird, daß sie nicht zu präsumieren sei (vgl. VO über den Genossenschaftskonkurs, Art. 17; *ab-Yberg*, S. 121 f.); über die Rechtsnatur der Genossenschaftshaftung vgl. unten, S. 63 ff.

⁶ Vgl. oben, S. 21 f.; *Jtrib* 36, S. 533.

⁷ Vgl. oben, S. 24; *Sieguart*, Art. 568/69, N. 19; *Behrend*, S. 520. Eine Beschränkung aus persönlichen Verhältnissen kommt naturgemäß nicht in Frage.

⁸ Vgl. unten, S. 56 f.

⁹ Vgl. *Mangold*, S. 20 f.; für die deutsche Auffassung, auf die sich der schweizerische Gesetzgeber stützte, ergibt sich die Ablehnung der Solidarität zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ohne weiteres aus der Identität der Schuldner; ein solidarisches Verhältnis kann nur zwischen verschiedenen Rechtssubjekten bestehen (vgl. *Düringer-Hachenburg*, § 128, Anm. 5; *Staub-Pinner*, § 128, Anm. 1; *Weipert*, § 128, Anm. 14; *Lehmann*, ZHR 79, S. 73; a. M. *Busch*, Archiv, 8, S. 178. Solidarische Beziehungen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern bejaht neuerdings Kaufmann, S. 29, 39 f., indem er eine Solidarität zwischen den Sekundäransprüchen

III. Gegenüber dem Mitgesellschafter

Die Gesellschafter haften nicht nur Drittpersonen sondern nach zwei Richtungen auch ihren Mitgesellschaftern gegenüber. Analog der Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haben die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten einzustehen, die die Gesellschaft zu Gunsten einzelner ihrer Gesellschafter – außerhalb ihrer Gesellschafterstellung – wie mit Drittpersonen eingegangen ist¹⁰. Außerdem haften die Gesellschafter nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages im Regreß für die Leistungen, die ihr Mitgesellschafter auf Grund seiner Gesellschafterstellung erbracht hat, und die seinen Anteil am Gesellschaftsverlust übersteigen. Diese verschiedenartigen Beziehungen des Gesellschafter-Gläubigers zur Gesellschaft und zu seinen Mitgesellschaftern werden durch Rechtsprechung und Doktrin in eine individualrechtliche und eine sozialrechtliche Sphäre unterteilt.

Die Haftung im Innenverhältnis auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages und subsidiär nach OR 533 I ist quotenmäßig¹¹, während der Gesellschafter als Drittgläubiger seine Mitgesellschafter solidarisch belangen kann. Die Unterscheidung der Haftung für die individualrechtlichen und die sozialrechtlichen Ansprüche des Mitgesellschafters erlangt vorwiegend durch das Vorliegen oder den Wegfall der Solidarität ihre praktische Bedeutung¹².

der Gläubiger – den aus der Haftung entspringenden Gläubigerrechten – gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftern konstruiert, bei gleichzeitiger Abhängigkeit aller Sekundäransprüche vom Primäranspruch gegenüber der Gesellschaft. Die rechtliche Verselbständigung des Sekundäranspruches gegenüber der Gesellschaft, um ihn in besondere Beziehungen zu den akzessorischen Schuldverhältnissen zwischen den Gläubigern und den Gesellschaftern zu setzen, erscheint jedoch für unser positives Recht als sehr problematisch und von keinem praktischen Wert (vgl. die Kritik von *Pelet*, bes. S. 288).

¹⁰ Vgl. BGE 23 I 288; 30 II 521; Sem. 24, S. 645.

¹¹ Solidarität läßt sich im Einzelfalle denken, wenn ein Gesellschafter keinen Anteil am Verlust tragen soll (OR 533 III) und ihm noch eine weitergehende Sicherstellung gewährt wird.

¹² Im deutschen Recht ist die Unterscheidung vor allem für die Frage der Belangbarkeit der Mitgesellschafter während des unveränderten Bestehens der Gesellschaft entscheidend, vgl. RG in Ziv. 153, S. 305 ff.; dieser Grund ist bei uns wegen der Subsidiarität sämtlicher Gläubigeransprüche von untergeordneter Bedeutung. Eine Auswirkung auf die Haftung mit dem ganzen Vermögen besteht nur, insofern durch Gesellschaftsvertrag die Verlustbeteiligung eines Gesellschafters auf eine bestimmte Summe beschränkt wurde.

Da die Trennung der beiden Sphären nicht scharf ist und auch in den der individualrechtlichen Sphäre angehörenden Rechtsverhältnissen gesellschaftliche Elemente auf die eine oder andere Art mehr oder weniger hineinspielen¹³, kann die Abgrenzung des Bereiches, in dem die regreßmäßige durch die solidarische Haftung gegenüber dem Mitgesellschafter ersetzt wird, nur durch eine Interessenabwägung gewonnen werden.

*a) in den vom Gesellschaftsverhältnis rechtlich
unabhängigen Rechtsverhältnissen*

Die Gesellschafter haften ihrem Mitgesellschafter gegenüber solidarisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die aus einem Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter entstanden sind, das vom Gesellschaftsverhältnis *rechtlich* unabhängig ist¹⁴. Die Gleichstellung des Gesellschafters mit Dritten in bezug auf den Inhalt und die Erfüllung des Vertrages muß auch die gleiche Sicherung der Gesellschaftsschulden nach sich ziehen, d. h. die gleiche solidarische Haftung der Mitgesellschafter, um eine Schlechterstellung des Gesellschafter-Gläubigers im Vergleich zu den übrigen Drittgläubigern zu vermeiden¹⁵.

Die besondere Vertrauensbasis, die zwischen der Gesellschaft und dem einzelnen Gesellschafter besteht, sowie die erhöhte Einsichts- und Einwirkungsmöglichkeit, die dem Gesellschafter auf Grund

¹³ vgl. *Wieland*, S. 839 ff.

¹⁴ der wirtschaftliche Zusammenhang kann nicht das Kriterium für die Ablehnung der solidarischen Haftung bilden, da er irgendwie letzten Endes immer vorliegt, wie in RG in Ziv. 153, S. 310 überzeugend nachgewiesen wird; a. M. *Siegwart*, Vorb. Art. 530 ff. N. 91. Als Beispiel für den rein wirtschaftlichen Zusammenhang vgl. BGE 26 I 423, wo das Bundesgericht betont, daß in Doppelbesteuerungsfragen nicht ausschließlich auf das zivilrechtliche Verhältnis abgestellt werden könne, sondern daß auch die wirtschaftliche Bestimmung und Verwendung in Betracht gezogen werden müsse.

¹⁵ a. M. *Düringer-Hachenburg*, § 128, Anm. 15 und *Behrend*, S. 537, für die ein zureichender Grund für die Gesamthaftung (Solidarität) jedes Mitgesellschafters fehlt; *Vivante*, Trattato, N. 388 sagt, daß die Solidarität nur bei ausdrücklicher Bestimmung im Gesetz entstehen könne. Von ihrer Zulassung befürchtet er einen *circulus vitiosus*, indem jeder Gesellschafter einen anderen Mitgesellschafter für die volle Schuld belangen würde. Nach meiner Ansicht ist es selbstverständlich, daß die solidarische Belangung nur dem Gesellschafter zusteht, der mit der Gesellschaft kontrahiert hat, während die interne Verteilung auf dem Regreßwege zu vollziehen ist.

seiner Gesellschafterstellung zusteht, kann ein gegenseitiges erhöhtes Interesse mit sich bringen, in außergesellschaftliche Beziehungen zueinander zu treten¹⁶. Verträge zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter, die z.B. die Gewährung von Darlehen oder die Übernahme einer Drittforderung gegen die Gesellschaft durch den Gesellschafter zum Inhalt haben, können aus den erwähnten Gründen zu weit günstigeren Bedingungen für die Gesellschaft zustande kommen und einen solideren Bestand haben, als wenn ein unbeteiligter Dritter in das betreffende Vertragsverhältnis zur Gesellschaft tritt. Aus diesen rein wirtschaftlichen Gründen muß die Erschwerung ihres Abschlusses durch die Schlechterstellung des Gesellschafters gegenüber Drittpersonen vermieden werden, soweit es mit dem Schutz der Rechte der Mitgesellschafter vereinbart werden kann. Die Interessen der Drittgläubiger werden durch die unbeschränkte Haftung sämtlicher Gesellschafter in hinreichender Weise gewahrt.

Aus der Gesellschaftserstellung des Gesellschaftsgläubigers ergibt sich nur eine Einschränkung der solidarischen Haftung der Mitgesellschafter. Der seine Mitgesellschafter belangende Gesellschafter muß sich den Anteil an der Gesellschaftsschuld abziehen lassen, für den er als Gesellschafter regreßmäßig selbst aufzukommen hat¹⁷. Diese Einschränkung bedeutet keine Schlechterstellung des Gesellschafters gegenüber Drittgläubigern, da der belangte Mitgesellschafter auf dem Wege des Regresses diesen Anteil schlußendlich zurückfordern könnte. Durch die Geltendmachung einer Einrede, soweit es sich um den persönlichen Anteil des belangenden Mitgesellschafters handelt, macht der belangte Gesellschafter eine ihm gemäß OR 573 III zustehende Verrechnungseinrede geltend¹⁸.

¹⁶ Vgl. *Wieland*, S. 843 f.

¹⁷ *Wieland*, S. 842 sieht in dieser Einschränkung eine Durchbrechung des Prinzips, daß der Gesellschafter für seine Ansprüche wie ein unverbundener Dritter zu behandeln sei.

¹⁸ Die Regreßschuld kann insofern mit einer Privatschuld des Gesellschaftsgläubigers gleichgesetzt werden. Vgl. *Sieewart*, Vorb. 530 ff. N. 89; *Staub-Pinner*, § 128, Anm. 24; *Staub-Pisko*, Art. 112, § 12a; RG in Ziv. 153, S. 301, jedoch unentschieden betr. die Solidarität; a. M. *Wieland*, S. 842, Anm. 15, mit der Begründung, daß der Gesellschafter im Innenverhältnis nur für den Gesamtverlust aufzukommen habe, nicht für den Verlust aus einzelnen Verbindlichkeiten. Der Anteil des Gesellschafters lasse sich somit nicht vor der Festsetzung der Passivanteile ermitteln, d. h. erst nach der Auseinandersetzung und endgültigen Berechnung der Verlustanteile;

Die Drittgläubigerstellung des Gesellschafters gegenüber seinen Mitgesellschaftern findet auch bei rechtlich vom Gesellschaftsverhältnis unabhängigen Obligationen ihre Grenze dort, wo eine Forderung gegen die Gesellschaft von einem Dritten auf dem Wege der Zession übernommen wurde, um einer drohenden Inanspruchnahme als Gesellschafter zuvorzukommen und die Nachteile, die sich aus einer nur regreßmäßigen Geltendmachung gegenüber den Mitgesellschaftern ergeben, zu vermeiden¹⁹.

Eine Umgehung der regelmäßigen Haftung durch Zession einer Drittgläubigerforderung liegt dann vor, wenn die Voraussetzungen für die direkte Belangung des Gesellschafters durch den Zedenten im Zeitpunkt der Forderungsübernahme gegeben sind²⁰. Wenn die Zession hingegen vor diesem Zeitpunkt erfolgte, selbst um die Entstehung einer solchen Voraussetzung (z. B. den Konkurs der Gesellschaft) zu verhindern, so ist zu vermuten, daß dieselbe zur Erhaltung der Gesellschaft, zur Förderung des Gesellschaftszweckes erfolgte und nicht zur Besserstellung der Rechtslage des übernehmenden Gesellschafters gegenüber seinen Mitgesellschaftern, so daß dem Fortbestehen der solidarischen Haftung der Mitgesellschafter nichts entgegensteht.

b) für das Abfindungsguthaben

Eine Sonderstellung unter den Forderungen, die aus dem Gesellschaftsverhältnis gegenüber der Gesellschaft entstehen können, nimmt das Abfindungsguthaben dadurch ein, daß der Berechtigte infolge seines Ausscheidens jede Einsicht und jede Einflußnahme auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft verloren hat²¹. Die Gründe,

vgl. auch *Wieland*, S. 850, Anm. 19 und *Lyon-Caen et Renault*, traité, II N. 163 sowie *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 542, Anm. 3.

¹⁹ Vgl. v. *Tuhr*, OR S. 764, Anm. 158; *Oser-Schönenberger*, Art. 149, N. 4; BGE 53 II 30.

²⁰ Zu diesem Zeitpunkt besteht das Solidarschuldverhältnis zwischen den Gesellschaftern ohne die durch die Primärhaftung der Gesellschaft gegebenen Einschränkungen, so daß die solidarische Haftung für eine nicht schon früher zedierte Forderung eine gemäß OR 149 unerlaubte unmittelbare Besserstellung eines Solidarschuldners durch den Gläubiger bedeuten würde.

²¹ Über die Rechtsstellung des Ausscheidenden vom Zeitpunkt des Eintritts eines Ausscheidungsgrundes bis zur Festsetzung des Abfindungsguthabens sind die Meinungen geteilt; für Weiterdauer der Gesellschafterstellung: BGE 59 II 424; ZR 41,

die die unbeschränkte solidarische Haftung den Gesellschaftsgläubigern gegenüber zwingend involvieren²², liegen zum Teil auch hier vor, so daß sich die Gleichstellung des ausgeschiedenen Gesellschafters mit den Drittgläubigern der Gesellschaft in der Hinsicht aufdrängt, daß die Mitgesellschafter für das Abfindungsguthaben solidarisch einzustehen haben, auch wenn die Forderung nicht formell in ein Darlehen umgewandelt worden ist²³.

c) für gesellschaftliche Ansprüche

Nicht nur aus außergesellschaftlichen Beziehungen und durch das Ausscheiden entstehen Ansprüche von Gesellschaftern gegen die Gesellschaft, sondern auch aus der Gesellschafterstellung mit Rechtsgrund im Gesellschaftsvertrag, gemäß OR 559 für Gewinne, Zinsen und Honorare und gemäß OR 570 II für die im Interesse der Gesellschaft gemachten Auslagen. Daraus, daß diese Ansprüche Verbindlichkeiten der Gesellschaft darstellen, kann jedoch nicht gefolgert werden, daß die Gesellschafter solidarisch dafür haften, da diese Forderungen die Beziehungen der Gesellschafter unter sich berühren und daher ausschließlich auf Grund des Gesellschaftsvertrages durch

N. 139; *Wieland*, S. 717 ff.; *Sieewart*, Art. 580, N. 28; für Verlust der Gesellschafterstellung und obligatorischen Anspruch auf das Abfindungsguthaben: ZR 32, N. 93; SJZ 7, S. 214; *Düringer-Hachenburg*, § 138, Anm. 2; *Moser*, S. 24 ff.; unentschieden: BGE 67 I 247.

²² Vgl. oben S. 20 f. und 24 f.

²³ Vgl. *Wieland*, S. 719 f., 848; *Sieewart*, Art. 580, N. 29; *Hartmann*, Art. 580, N. 4. *Moser*, S. 32 ff. gelangt zu einer komplizierten Sonderbehandlung des Abfindungsguthabens einzig aus dem Grunde, weil er OR 570 II, wonach der Gesellschafter seine Einlagen im Gesellschaftskonkurs nicht geltend machen darf, auch auf das Abfindungsguthaben des ausscheidenden Gesellschafters ausdehnt. Über die Problematik jener Bestimmung, vgl. *Speiser*, ZSR 9, S. 328 ff. Auf alle Fälle rechtfertigt sich eine Gleichstellung des Abfindungsguthabens mit den Einlagen der Gesellschafter in keiner Weise, da es einen Teil des im Zeitpunkt des Ausscheidens bestehenden Aktivsaldos der Gesellschaft bildet – daher keine Schädigung der früheren Gesellschaftsgläubiger –, die Verschlechterung der Vermögenslage später eingetreten sein muß, ohne Einfluß des Ausgeschiedenen und zu einem Zeitpunkt, da die Tatsache des Ausscheidens den Gläubigern bekannt ist (OR 581), – daher keine unmittelbare Schädigung der späteren Gläubiger -. Überdies besteht für die früheren Gläubiger die Möglichkeit, den Ausgeschiedenen noch während fünf Jahren persönlich zu belangen (OR 591).

den Regreß auszugleichen sind, selbst wenn sie im Gesellschaftskonkurs kolloziert werden können (OR 570 II)²⁴.

§ 3 Die Subsidiarität

I. Die Schaffung der Bestimmung im schweizerischen Recht

Das Vorbild für die rechtliche Gestaltung der schweizerischen Kollektivgesellschaft ist weitgehend die offene Handelsgesellschaft des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches¹. Die wichtigste Abweichung vom deutschen Recht bildet die Subsidiarität der Haftung des schweizerischen Kollektivgesellschafters².

Gemäß ADHGB 112 und dem ihm nachgebildeten HGB 128 kann der Gesellschaftsgläubiger nach seiner Wahl die Gesellschaft oder die Gesellschafter belangen; OR 568 III statuiert dagegen als Voraussetzung für die Belangung des Gesellschafters: die Auflösung der Gesellschaft, ihre erfolglose Betreibung oder den Konkurs des betreffenden Gesellschafters.

a) die zürcherische Entwicklung

Die Selbständigkeit des schweizerischen Gesetzgebers in dieser Frage geht auf das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch (§§ 1301 und 1302) zurück.

²⁴ Moser, S. 31 ff. gewährt dem Gesellschafter für die Auslagen im Interesse der Gesellschaft ein direktes Forderungsrecht gegen seine Mitgesellschafter, indem er die Analogie zur Praxis des zürcherischen Obergerichtes bei der einfachen Gesellschaft zieht (ZR 40, N. 91); er übersieht, daß gerade hier die besonderen für die Kollektivgesellschaft geltenden Regeln nicht übergangen werden dürfen; wegen der Subsidiarität der Haftung wären sonst die Gesellschafter für ihre Auslagen im Interesse der Gesellschaft besser gestellt als für ihre Ansprüche aus außergesellschaftlichen Beziehungen. OR 560 II, daß kein Gesellschafter zu höheren Leistungen verpflichtet sei, als im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, muß gerade hier zur Anwendung gelangen und kann nicht als formalistische Auslegung abgetan werden. Der Gegensatz zwischen der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft in diesem Punkte wird in ZR 40, N. 91, S. 230 betont.

¹ BBl 1881 I 181 f.; *Wieland*, S. 524 spricht von einer beinahe wörtlichen Übereinstimmung.

² Vgl. *Haab*, ZHR 90, S. 262 ff.

Bluntschli zieht aus der Tatsache, daß die Gesellschaft nach außen als Ganzes unter ihrer Firma auftritt, Verträge abschließt und Verbindlichkeiten eingeht, den Schluß, daß die Gesellschaft auch für die unter ihrer Firma eingegangenen Verbindlichkeiten in erster Linie einzustehen habe. Die im Gegensatz zur Aktiengesellschaft persönliche Beteiligung der Gesellschafter sei erst in zweiter Linie zu berücksichtigen, der Gläubiger könne daher gegen die einzelnen Gesellschafter erst dann vorgehen, wenn er die Erfüllung durch die Gesellschaft vergeblich verlangt habe³. In seinem Entwurf zu einem zürcherischen Gesetzbuch kann der Gesellschafter erst nach einer ersten vergeblichen Mahnung der Gesellschaft belangt werden⁴.

Die Gesetzesrevisionskommission fand, auch diese Regelung sei «zu hart für die einzelnen Gesellschafter» und «dem Wesen der neuen Gesellschaft nicht entsprechend». Eine Belangung der Gesellschafter rechtfertige sich erst dann, wenn sich ergebe, daß die Gesellschaft außerstande sei, ihre Verpflichtungen zu erfüllen. Für die Geltendmachung der Haftung gegenüber dem Gesellschafter wurde schließlich in der endgültigen Fassung des Gesetzes die fruchtlose Pfändung der Gesellschaft oder die Konkurseröffnung über die Gesellschaft vorausgesetzt⁵.

b) die schweizerische Entwicklung

Munzinger übernahm schon in seinen ersten Entwurf zu einem schweizerischen Handelsrecht das Institut der Subsidiarität aus den selben Gründen wie *Bluntschli*, wozu als zweites Moment das Interesse an der Klarheit und Rechtssicherheit hinzutrat, «denn mehrfache Klagen wirken belästigend und verwirrend»⁶.

³ *Bluntschli*, Deutsches Privatrecht, I S. 149 f.

⁴ Vgl. *Bluntschli*, Privatrechtliches Gesetzbuch mit Erläuterungen III, § 1301, S. 298.

⁵ Vgl. Protokoll der Gesetzesrevisionskommission von 1854, § 1588; *Bluntschli*, a.a.O. § 1301. § 1301 in der endgültigen Fassung lautete: «Die einzelnen Gesellschafter können erst belangt werden, wenn der Rechtstrieb gegen die Gesellschaft bis zur Pfändung fortgeschritten, aber ein ungenügender Pfandschein erhoben worden ist, oder wenn gegen die Gesellschaft Konkurs eröffnet wird»; § 1302: «Ist die Gesellschaftsschuld illiquid, und wird die solvente Gesellschaft bei dem Prozesse darüber ordentlich vertreten, so können die einzelnen Gesellschafter nicht gleichzeitig belangt werden».

⁶ Vgl. *Munzinger*, S. 68 f.: «Davon ist nun aber die Zeit zu unterscheiden, in welcher die Gesellschaft noch aufrecht steht. Da gilt nur sie selbst als Schuldnerin;

Eine *subsidiäre* Haftung findet sich in sämtlichen Entwürfen zum Obligationenrecht⁷. Die Botschaft des Bundesrates von 1880 stützt die Abweichung vom ADHGB auf die französische Praxis⁸ und das zürcherische Gesetzbuch; der einzelne Gesellschafter solle «für die Schulden des gleichsam selbständigen Subjektes der Gesellschaft nicht einem Bürgen und Selbstzahler, sondern vielmehr einem einfachen Bürgen analog» haften⁹.

Die letzte Erleichterung für die Gesellschafter schuf die Bundesversammlung, indem sie die Bestimmung, daß der Gesellschafter dann belangt werden könne, wenn eine Betreibung der Gesellschaft «mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden sein würde», strich¹⁰, so daß als Voraussetzungen für die Belangbarkeit einzig die Auflösung der Gesellschaft und die erfolglose Betreibung verblieben¹¹.

II. Die ausländischen Regelungen

a) die verschiedenen Lösungen

Die Subsidiarität der Haftung des *schweizerischen* Kollektivgesellschafters hat schon früh eine gesetzliche Verankerung erfahren, im Gegensatz zu den wichtigsten kontinentalen Kodifikationen, wo diese Frage offen blieb und zum Teil erst in neuester Zeit gesetzlich geregelt worden ist¹².

sie hat die Schulden kontrahiert, ihr ist zu diesem Zwecke Handlungsfähigkeit verliehen worden; sie hat einen besonderen Namen erhalten und unter diesem Namen ist gehandelt worden».

⁷ Vgl. OR Entwurf 1864, Art. 72; 1869/72, Art. 565 I; 1876, Art. 561; 1879, Art. 574; aOR 564 III.

⁸ *Pardessus*, Cours de droit commercial, N. 976, 1026, 1090; *Troplog*, Du contrat de société, N. 1044.

⁹ Botschaft, 1880, S. 212.

¹⁰ Vgl. *Schneider-Fick*, Art. 564, Anm. 5.

¹¹ Der Konkurs des Gesellschafters als Voraussetzung der Belangbarkeit wurde erst in das revidierte OR von 1936 expressis verbis aufgenommen, in Anpassung an SchKG 218 II; vgl. dazu unten, S. 74, Anm. 37.

¹² Zu einer ausführlichen Regelung der Belangbarkeitsvoraussetzungen gelangten um die Jahrhundertwende, außer der Schweiz, nur Spanien und Portugal; vgl. *Vivante*, Trattato, N. 389; Belgien sieht einzig eine vorgängige Verurteilung der Gesellschaft vor. Neu: Italien, 1942 im Codice civile, Art. 2304.

In *Deutschland* sowie in *Österreich* sind sich Rechtsprechung und Doktrin in der Ablehnung der subsidiären Haftung und der Befürwortung einer gleichzeitigen Belangbarkeit der Gesellschaft und sämtlicher Gesellschafter einig, so daß nie eine größere Kontroverse darüber entstehen konnte¹³.

In *Frankreich* und den übrigen romanischen Ländern wird dagegen die gleichzeitige Belangbarkeit der Gesellschaft und der Gesellschafter fast ebenso einheitlich abgelehnt¹⁴, und es zeigt sich ein ständiges Bemühen der Praxis, die Voraussetzungen der Belangbarkeit, sei es in Analogie zur Bürgschaft, sei es unabhängig davon, näher zu determinieren. Das Fehlen einer ausdrücklichen Normierung der Belangbarkeitsvoraussetzungen wird als ein Mangel empfunden¹⁵.

b) ihre Begründung

Der Grund für diesen Gegensatz in der Lösung der Frage nach der Subsidiarität der Haftung des Kollektivgesellschafters liegt weder in den gesetzlichen Voraussetzungen – die Struktur der Kollektivgesellschaft und besonders diejenige der Haftungsverhältnisse stimmt in allen kontinentalen Gesetzen weitgehend überein – noch in grundsätzlichen Unterschieden in der Abwicklung des wirtschaftlichen Verkehrs, sondern einzig in der verschiedenen theoretischen Erfassung der Kollektivgesellschaft als Gesellschaftsform.

Obschon die deutsche offene Handelsgesellschaft wie jede andere Kollektivgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwirbt und Verbindlichkeiten eingeht, parteifähig und konkursfähig ist, wird im deutschen Rechtsgebiet der Personalcharakter der Kollektivgesellschaft, das Überwiegen der Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters,

¹³ Eine Ausnahme bildete einzig eine ältere Hamburger Praxis, die eine beschränkte Subsidiarität der Haftung in der Hinsicht anerkannte, daß eine «fruchtlose Interpellation» der Firma vorausgesetzt wurde; zitiert bei *Ehrenberg*, S. 387, mit verschiedenen Entscheiden von 1870–78.

¹⁴ Für die Zulassung einer gleichzeitigen Belangbarkeit in Übereinstimmung mit der deutschen Praxis zitiert *Dalloz*, Art. 22, N. 492 einzig zwei Pariser Entscheide von 1885 und 1886.

¹⁵ Vgl. *Pic*, I N. 486; eine kurze Übersicht über die Rechtsprechung und die Doktrin gibt *Dalloz*, Art. 22, N. 492–505, wobei er zu nicht weniger als sieben Lösungen gelangt. In Italien war bis 1942 die Belangbarkeit nur von einer vorgängigen Klage gegen die Gesellschaft abhängig C. com. 106; *Vivante*, Trattato II N. 389 spricht von einer «formula sbiadita e ambigua, nella quale si indovinano tutti i tentennamenti della dottrina francese da cui è desunta».

auch nach außen viel stärker betont und zur Geltung gebracht als in den romanischen Ländern, wo die Kollektivgesellschaft als ein nach außen selbständiges Subjekt, das nicht mit den Gesellschaftern identifiziert werden darf, anerkannt ist¹⁶.

Aus der deutschen Auffassung ergibt sich die primäre Haftung der einzelnen Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen, zu der die Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen als Gesamteigentum der Gesellschafter hinzutritt, d.h. die Ablehnung der Subsidiarität¹⁷.

Der romanischen Auffassung erscheint die primäre Belangbarkeit der Gesellschafter als eine unnötige Härte, die Gläubiger sollen sich zuerst an die Gesellschaft halten, mit der sie kontrahiert haben. Sie sieht in der Haftung der Gesellschafter eine Garantieverpflichtung, die zwingenden Charakter hat und einen unentbehrlichen Bestandteil der Kollektivgesellschaft bildet; die gleichzeitige Belangbarkeit rechtfertigt sich jedoch nicht gegenüber Gesellschaftern, die die Verpflichtungen persönlich gar nicht eingegangen sind¹⁸; das Interesse der Gläubiger sei in genügender Weise gewahrt, wenn die Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden dann eintreten, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig ist oder es mit größten Schwierigkeiten

¹⁶ Es hat keinen praktischen Wert in diesem Zusammenhange auf die Frage nach der juristischen Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft einzutreten, da der Gegensatz zwischen der deutschen und der romanischen Doktrin schon in der verschiedenen Auffassung über den Begriff der juristischen Person liegt; vgl. *Wieland*, S. 417 ff.; *Sieglwart*, Art. 552/53, N. 2; ders. Festschrift *Wieland*, S. 355 ff.

¹⁷ Vgl. *Pisko*, S. 710 mit einem interessanten Vergleich der Haftung des Kollektivgesellschafters mit derjenigen des Einzelkaufmanns, wobei die bis zu einem gewissen Grade vorhandene Einheit und Selbständigkeit der Gesellschaft nach außen in keiner Weise in Erwägung gezogen wird und daher nicht eingesehen werden kann, wieso der Gesellschafter nur subsidiär haften solle, weil bei ihm im Gegensatz zum Einzelkaufmann noch andere Mitschuldner haften; dagegen habe die Frage eine Berechtigung, ob Solidar- oder Quotenhaftung. *Goldschmidt*, ZHR 27, S. 39 f. anerkennt das Interesse der Gesellschafter und Privatgläubiger an der Subsidiarität, untersucht jedoch nicht, ob auch die Gläubigerinteressen genügend geschützt wären, sondern entgegnet, daß kein ausreichender Grund vorliege, den Gesellschaftsgläubigern primär nur das Gesellschaftsvermögen haften zu lassen. Einzig *Fischer*, Diss. Jena, 1936 anerkennt die Selbständigkeit der Haftung des Gesellschaftsvermögens gegenüber derjenigen der Gesellschafter, ohne jedoch auf die Frage nach der Subsidiarität einzutreten.

¹⁸ *Wieland*, S. 636, Anm. 2: «In allen diesen Rechten findet der richtige Gedanke Ausdruck, daß die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter nicht unvermutet für Gesellschaftsschulden belangt werden sollen».

verbunden ist, von ihr Zahlung zu erhalten¹⁹. Das Stillschweigen des Code de commerce und der ihm nachgebildeten Gesetze in dieser Frage wird als eine echte Gesetzeslücke betrachtet.

c) Würdigung

Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß wir, schon weil sich unsere schweizerische Lösung bewährt hat und bei der Gesetzesrevision von 1936 eine Änderung nicht einmal erwogen wurde, die deutsche Auffassung, wonach die gleichzeitige Belangbarkeit der Gesellschafter und der Gesellschaft dem Wesen der Kollektivgesellschaft einzig entspricht, ablehnen müssen.

Der deutschen Doktrin und Praxis kann zugute gehalten werden, daß sie mit einer früheren Form der Kollektivgesellschaft im allgemeinen und ihrer Haftungsgrundsätze, besonders in Deutschland, in Einklang steht. Die Gesellschafter wurden ursprünglich durch ihre Handlungen persönlich und mit ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen verpflichtet: später trat die Haftung mit dem gesamten Gesellschaftsvermögen²⁰ und dann die solidarische Haftung sämtlicher Gesellschafter durch das Handeln unter gemeinsamer Firma, auch ohne besondere Erklärung, hinzu²¹. Mit der Zeit setzte eine weitgehende Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens ein, das zur Erfüllung der laufenden Verbindlichkeiten genügen mußte, während das Privatvermögen der Gesellschafter mehr zu einem bloßen Reservefond wurde, der der Gesellschaft ihren wirtschaftlichen Kredit sicherte, und auf den bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft gegriffen wurde²².

Mit der weitgehenden Komplizierung des Handelsverkehrs und der mit ihr verbundenen Zurückdrängung der einzelnen Persönlichkeit zu Gunsten des Kollektivs, «der Firma», in der die faktischen Leiter und die Gesellschafter, auf denen der Kredit der Gesellschaft beruht, nur zu oft auseinanderfallen, oder in der nur noch ein Bruchteil der

¹⁹ Vgl. *Lyon-Caen et Renault, Traité*, II N. 246, 280; *Pic*, I N. 485; *Houpin-Bosvieux*, N. 270; *Vivante, Trattato*, N. 387.

²⁰ Vgl. *Furrer*, S. 93.

²¹ Vgl. *Wieland*, S. 523; *Lehmann*, Lehrbuch, S. 293; *Adler*, S. 54; *Hacmann*, ZHR 69, S. 75 ff.; *Max Weber*, S. 89 ff.; *Äpelbaum*, S. 81 f.

²² Vgl. *Hacmann*, ZHR 69, S. 77 f.; *Kobelt*, S. 58 f. bes. Anm. 5; *Vivante, Trattato*, N. 389, der daraus die Belangung der Gesellschafter erst im Konkurs der Gesellschaft, als gesetzlicher Form der Zahlungsunfähigkeit, postuliert.

maßgebenden Geschäftstätigkeit durch die Gesellschafter selbst vorgenommen wird und in größeren Verhältnissen überhaupt vorgenommen werden kann, muß auch die unbeschränkte Haftung, die an sich für die Gesellschafter mit großen Gefahren verbunden ist, ihnen gegenüber soweit erleichtert werden, als es mit den Interessen der Gesellschaft und der Gesellschaftsgläubiger vereinbart werden kann²³.

Daß die Schweiz mit ihrer ausdrücklichen Regelung der Subsidiarität eine überaus glückliche Lösung getroffen hat, ist dadurch erwiesen, daß die romanische Praxis, von dogmatischen Hindernissen befreit, einen Ausgleich zwischen den Interessen der Gesellschaft, der Gesellschaftsgläubiger und der Gesellschafter suchend, sich ihr weitgehend angenähert hat²⁴.

III. Der Verzicht auf die Subsidiarität

a) *Durch Verzicht auf die Vorausklage*

Nur zum Schutze der Gesellschafter stellt das Gesetz in OR 568 III bestimmte Voraussetzungen auf, von deren Eintritt die Belangbarkeit der Gesellschafter abhängt. Die Subsidiarität gewährt den Kollektivgesellschaftern die Erleichterung ihrer Haftung für Gesellschaftsschulden, die sich mit ihrer Gesellschafterstellung vereinbaren läßt. Sie findet ihre Grenze dort, wo die Interessen der Gesellschaft und der Gesellschaftsgläubiger an einer hinreichenden Sicherung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft verletzt werden.

²³ Der Gedanke, daß in erster Linie die Gesellschaft, die nach außen unter ihrer Firma die Geschäfte abschließt, haften solle und die Gesellschafter nur subsidiär, findet sich freilich schon im Stadtrecht von Bergamo im vierzehnten und fünfzehnten Jahrhundert; vgl. *Max Weber*, S. 61 ff.; *Kobelt*, S. 59, Anm. 5. Dann wieder *Bluntschli*, deutsches Privatrecht, I S. 149 f.; *Kuntze*, ZHR 6, S. 216, der die Subsidiarität nicht vom Wesen der Gesellschaft herleitet, sondern sie auf die «*aequitatis ratio*» stützt.

²⁴ In Frankreich gelangte die Rechtsprechung nach verschiedenen Schwankungen zu folgender Lösung: die Gesellschaft muß in Verzug gesetzt worden sein, bevor die Gesellschafter belangt werden können; vgl. *Lyon-Caen*, N. 281; *Pic*, N. 486; *Houpin-Bosvieux*, N. 270. In Italien verlangte die Rechtsprechung, außer der schon gemäß C. com. vorausgesetzten Belangung der Gesellschaft, betreibungsrechtliches Vorgehen gegen die Gesellschaft. Diese Praxis wurde im Codice civile sanktioniert, Art. 2304, mit dem Zusatz, daß diese Voraussetzung auch bei der Liquidation der Gesellschaft gelte; er geht damit weiter als unser OR. Über die einzelnen Voraussetzungen der Belangbarkeit nach schweizerischem Recht, vgl. unten S. 66 ff.

Im Einzelfalle können eine geringe Liquidität oder Kreditwürdigkeit der Gesellschaft sowie der Gesellschafter und besonders die Natur der Verbindlichkeit zur Folge haben, daß sich der Gläubiger mit der gesetzlich vorgesehenen subsidiären Haftung nicht begnügen kann, daß nur der Wegfall der Subsidiarität durch den Verzicht eines oder mehrerer Gesellschafter auf die Einrede der Vorausklage gegen die Gesellschaft dem Gläubiger eine genügende Sicherheit bietet.

Da an der Erhaltung der Subsidiarität weder die Gesellschaft noch Dritte ein Interesse haben, steht einem Verzicht der Gesellschafter durch Abreden untereinander oder mit bestimmten Gläubigern nichts entgegen. Der Ausschluß entgegenstehender Vereinbarungen unter den Gesellschaftern (OR 568 II) wurde nur auf die Haftung mit dem ganzen Vermögen und die Solidarität bezogen (OR 568 I), während die Subsidiarität in OR 568 III ohne entsprechende Klausel ihre gesetzliche Regelung gefunden hat²⁵.

b) durch Eingehen einer Solidarbürgschaft

Der Verzicht auf die Vorausklage hat nur den Wegfall der Subsidiarität zur Folge. Eine umfassendere Sicherung und damit die üblichere Form der Verstärkung der Haftung für die Gesellschaftsschulden bietet den Gläubigern die Solidarbürgschaft von Gesellschaftern zugunsten der Gesellschaft²⁶.

Die Aufnahme eines Zusatzes in OR 568 III, der die Solidarbürgschaft ausdrücklich sanktioniert, erfolgte anlässlich der Revision des Gesetzes von 1936, einerseits um die Bedeutung dieses Institutes zur Sicherung des wirtschaftlichen Kredites der Kollektivgesellschaft hervorzuheben, anderseits um der bisherigen Praxis des Bundesgerichtes, die dieser Form der Solidarbürgschaft den gerichtlichen Schutz versagte, eine Schranke zu setzen²⁷.

Die Einwände, die gegen die Zulassung der Solidarbürgschaft vorgebracht wurden, waren dogmatischer Natur; der Kollektivgesell-

²⁵ Vgl. Bericht 1923, S. 17; Siegwart, Art. 568 69, N. 13; einzig im Entwurf von 1919, Art. 571 wurde die Subsidiarität zur unbeschränkten solidarischen Haftung in Abs. 1 aufgenommen, sodaß sich der Ausschluß entgegenstehender Vereinbarungen in Abs. 2 auch auf die Subsidiarität bezog; im Entwurf von 1923, Art. 582 wurde die Fassung von OR 563 mit der vorstehenden Begründung wieder aufgenommen.

²⁶ Über die Wirkungen der Solidarbürgschaft, vgl. Siegwart, Art. 568 69, N. 5-7.

²⁷ Vgl. Prot. Exp. Kom. 1924, S. 55-57; Haab, ZHR 90, S. 274 f.

schafter sei als Gesellschafter selbst Schuldner der Gesellschaftsverbindlichkeiten, eine Bürgschaft für eigene Schulden sei begrifflich ausgeschlossen²⁸.

Die Solidarbürgschaft des Gesellschafters zugunsten der Gesellschaft setzte sich gegen die Praxis des Bundesgerichtes und die Ansicht namhafter Rechtsgelehrter durch, weil ein eminentes Bedürfnis der Praxis nach ihr verlangte²⁹ und keine wesentlichen praktischen Gründe gegen ihre Zulassung sprachen.

²⁸ Vgl. BGE 15 II 302, 16 II 171; *Becker*, Art. 492, N. 20; *Egger*, in Prot.Exp.Kom. 1924, S. 56; *Lardelli*, SJZ 26, S. 95. Über die Rechtsstellung des Kollektivgesellschafters als Haftungssubjekt, vgl. unten, S. 43 ff., 45 ff.

Zur Verstärkung dieser These wurde SchKG 218 I herangezogen: die Verbürgung des Gesellschafters für Gesellschaftsschulden und damit die Möglichkeit, den vollen Betrag im Gesellschaftskonkurs und im Privatkonkurs des Gesellschafters zu kollozieren, stehe im Widerspruch zur zwingenden betreibungsrechtlichen Bestimmung, daß bei gleichzeitigem Konkurs der Gesellschaft und des Gesellschafters im Privatkonkurs nur der durch die Gesellschaft unbezahlt gebliebene Rest kolloziert werden könne, vgl. BGE 46 II 472 f.; *Lardelli*, SJZ 26, S. 95. Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, daß der Gesellschafter, als Bürge, dem Gesellschaftsgläubiger wie ein Privatschuldner gegenübersteht, wie wenn er sich für einen Dritten verbürgt hätte. Gegen Mißbräuche dient SchKG 285 ff.; vgl. *Schultheß*, ZSR 41, S. 75. Die Sicherung einer Gesellschaftsschuld durch Wechselakzept, der ebenfalls SchKG 218 I entgegenstehen könnte, wurde auch vom Bundesgericht zugelassen, vgl. BGE 32 I 386; *Reichel*, SJZ 18, S. 268.

²⁹ Vgl. Rep 1919, S. 183; die Voten von *Guex* und *Bachmann* in Prot.Exp.Kom. 1924, S. 56; Botschaft des Bundesrates, BBl 1928 I S. 215; *Dietschi* im Sten.bull. des Ständerates, 1931, S. 150.

2. Abschnitt

Die Rechtsnatur der Haftung

§ 4 Die Rechtsstellung des Gesellschafters
als Haftungssubjekt

I. Der Gesellschafter als eigentliches Haftungssubjekt

a) der Begriff der Haftung

1. im schweizerischen Obligationenrecht: Der Begriff «Haftung» dient im schweizerischen Obligationenrecht nicht zur Bezeichnung bestimmter, von der Schuld verschiedener Rechtsverhältnisse. Die Verwendung dieses Begriffes kann uns daher keine Antwort auf die Frage nach der Rechtsnatur der Haftung des Kollektivgesellschafters geben.

Die Ausdrücke «Schuld», «Verpflichtung», «Haftung», «verpflichtet sein», «haften», «zu leisten haben» und «zu bezahlen haben» werden oft wechselweise als Synonyme verwendet¹. Eine Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung kann dem Obligationenrecht nur in der Hinsicht entnommen werden, daß Haftung im Gegensatz zu Schuld mehr zur Bezeichnung von Verpflichtungen zu Schadenersatz², aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung, und weiter für subsidiäre Verpflichtungen, Nebenschulden, Garantie- und in ihrem Umfang beschränkte Verpflichtungen verwendet wird³.

2. in der juristischen Terminologie: Demgegenüber gelangte die Doktrin durch die begriffliche Scheidung von Schuld und Haftung

¹ Vgl. Pelet, S. 128 f.; für das BGB Binder in Jherings Jahrbücher, 77, S. 125 ff., 135 ff.

² Vgl. v. Tuhr, OR, S. 16.

³ Vgl. Pelet, S. 130 f.; Binder a.a.O. S. 136, gelangt für das BGB zu folgendem Resultat: «Nur insoweit besteht vielleicht eine leichte Schattierung der Begriffe, als das Gesetzbuch mit dem Worte Schulden mehr das Daß der Haftung, mit dem Worte Haftung mehr das Womit, das Wie der Haftung zu bezeichnen scheint, weshalb es auch nicht von beschränkter und unbeschränkter Schuld, wohl aber von beschränkter und unbeschränkter Haftung spricht».

zur Bezeichnung selbständiger Rechtsverhältnisse⁴ zu einer genauen Abgrenzung des Begriffs der Haftung. Die «*Haftung*» ist das Einestehenmüssen mit dem Vermögen, «sie kennzeichnet die Rechtslage eines dem Zugriff des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung ausgesetzten Vermögens»⁵; «die Haftung errichtet zugunsten des Gläubigers ein bedingtes Zugriffsrecht auf ein fremdes Vermögen, unter der Suspensivbedingung, daß eine Schuld nicht getilgt wird»⁶.

In diesem beschränkten Sinne möchte ich den Begriff «*Haftung*» im folgenden bei der Gegenüberstellung der Gesellschaft und des Gesellschafters als *eigentliche* Haftungssubjekte verwenden, um darauf zu untersuchen, ob die Haftung des Gesellschafters direkt aus der Schuldpflicht der Gesellschaft entspringt, oder ob ein gesondertes, vollständiges Schuldverhältnis zwischen dem einzelnen Gesellschafter und dem Gläubiger der Gesellschaft besteht.

b) Die Gesellschaft und der Gesellschafter als Haftungssubjekte

1. *das Gesellschaftsvermögen als besonderes Haftungsobjekt*: Um am wirtschaftlichen Leben Anteil nehmen zu können, ohne vollständig von jedem einzelnen Gesellschafter abhängig zu sein, und um die Aktiven der Gesellschaft vor Gefahren, denen das Privatvermögen der Gesellschafter außerhalb der Tätigkeit der Gesellschaft ausgesetzt ist, zu schützen, ist die Kollektivgesellschaft wie jede andere Handelsgesellschaft im Normalfalle mit einem angemessenen Gesellschaftsvermögen dotiert⁷. Das Gesellschaftsvermögen entsteht durch die Einlagen der Gesellschafter und durch die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft.

⁴ Vgl. aus der sehr reichhaltigen germanistischen Literatur, v. *Amira*, Nordgermanisches Obligationenrecht, I § 7; *Gierke*, Deutsches Privatrecht, III § 17, bes. S. 30 ff.; *Gierke*, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, Breslau 1910, S. 115 ff. Die strenge Scheidung hat vorwiegend historische Bedeutung, während heute Schuld und Haftung, dogmatisch gesehen, eine organische Einheit bilden, vgl. *Jörs-Kunkel-Wenger*, Römisches Recht, 3. Aufl. 1949, S. 41, Anm. 2; *Binder*, a.a.O. S. 75 ff.; eine ausführliche Untersuchung über die Anwendbarkeit der germanistischen Unterscheidungslehre auf unser positives schweizerisches Recht gibt *Pelet*, Diss. Laus, 1937.

⁵ v. *Tuhr*, OR S. 16; ders. BGB I S. 110 ff.

⁶ *Gierke*, Deutsches Privatrecht, III S. 31; *Pelet*, S. 97.

⁷ Vgl. *Wieland*, S. 538 f., 599 f.; *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 436 f., 456 ff.

Als Instrument zur Förderung des Gesellschaftszwecks dient das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die Gläubiger haben das Recht, das Gesellschaftsvermögen in einem besonderen Konkurs zur Deckung ihrer Ansprüche zu verwerten (OR 570 I), während die Privatgläubiger der Gesellschafter, solange die Gesellschaft nicht in Konkurs fällt oder aufgelöst wird, nicht auf das Gesellschaftsvermögen greifen können (OR 572)⁸.

Das Gesellschaftsvermögen ist für die Gläubiger ein besonderes, vom Privatvermögen der Gesellschafter vollständig getrenntes Haftungsobjekt⁹.

2. *die Gesellschaft als besonderes Haftungssubjekt*: Da das Gesellschaftsvermögen ein Sondervermögen zur Erfüllung der Aufgaben der Gesellschaft ist, wird es der Verfügung der Gesellschafter als Privatpersonen vollständig entzogen.

Die Rechte jedes Gesellschafters gehen nicht auf eine bestimmte Quote des Gesellschaftsvermögens sondern auf das gesamte Vermögen; das Eigentum steht den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Gesellschaft zu, das Gesellschaftsvermögen ist im Gesamteigentum der Gesellschafter (ZGB 652)¹⁰. Die Verfügung und die Verwaltung über das Gesellschaftsvermögen üben die Gesellschafter zur Förderung des Gesellschaftszweckes nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages und des Gesetzes aus.

In ihrer gesellschaftlichen Zusammenfassung müssen die Kollektivgesellschaftler mit dem Gesellschaftsvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft eintreten, ohne daß sie in ihrer vermögensrechtlichen Privatsphäre durch diese Haftung unmittelbar berührt würden. Die Gesellschaft ist als Trägerin des vom Privatvermögen der Gesellschafter gesonderten Gesellschaftsvermögens¹¹ ein besonderes, von den einzelnen Gesellschaftern getrenntes Haftungssubjekt.

3. *das Verhältnis der beiden Haftungssubjekte zueinander*: Neben der Gesellschaft mit ihrem Gesellschaftsvermögen haften alle Gesell-

⁸ Die Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen unterliegt auch besonderen Verjährungsvorschriften (OR 592 I).

⁹ Vgl. *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 443, Anm. 2; *v. Tuhr*, BGB S. 351.

¹⁰ Vgl. *Wieland*, S. 602 ff.; *Siegwart*, Art. 562, N. 2; *Haab*, Art. 652/54, N. 7; *v. Tuhr*, BGBI 78 ff., 348 ff.; *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 435 ff.; *Mangold*, S. 14 ff.

¹¹ Vgl. RG in Ziv. 136, S. 270.

schafter mit ihrem gesamten Privatvermögen für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft (OR 568 I).

Da das Gesellschaftsvermögen zur Förderung des Gesellschaftszweckes vom Privatvermögen der Gesellschafter getrennt oder noch nicht in das Privatvermögen übernommen worden ist, hat es die aus der gesellschaftlichen Tätigkeit entstehenden Verbindlichkeiten, soweit es dazu ausreicht und damit besonders die laufenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft, zu decken¹². Aus der Rechtsfähigkeit der Kollektivgesellschaft (OR 562) und aus der Funktion des Gesellschaftsvermögens ergibt sich die Haftung der Gesellschaft für die Verbindlichkeiten, die unter ihrer Firma eingegangen worden sind¹³.

Zur Sicherung der Kreditbasis der Gesellschaft, zur Deckung der Verbindlichkeiten, für die das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht, haften neben der Gesellschaft mit ihrem Gesellschaftsvermögen die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen¹⁴.

Der schweizerische Gesetzgeber hat aus der verschiedenen Funktion der beiden Haftungsobjekte und der verschiedenen Stellung der beiden Haftungssubjekte bestimmte Folgerungen gezogen, indem er die Belangung des Gesellschafters vom Eintritt von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht hat: der Gesellschafter kann als Haftungssubjekt erst dann in Anspruch genommen werden, wenn gewisse rechtliche Vorgänge, d.h. die Auflösung und der Konkurs der Gesellschaft oder der Konkurs des betreffenden Gesellschafters, die Gefahr in sich bergen und vermuten lassen, daß eine vollständige Befriedigung von der Gesellschaft nicht mehr zu erlangen sei. Die Haftung der Gesellschaft mit ihrem Gesellschaftsvermögen mag, historisch betrachtet, eine Folge der Haftung der einzelnen Gesellschafter gewesen sein¹⁵, eine logische Folge davon ist sie nicht, sondern eine selbständige primäre Haftung, zu der die Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen subsidiär hinzutritt¹⁶.

¹² Vgl. *Wieland*, S. 631; *W. Burckhardt*, Diss. S. 39; *Vivante*, Trattato, N. 387.

¹³ a. M. *Staub-Pinner*, § 128, Anm. 1 und *Staub-Pisko*, Art. 112, § 1, die in der Haftung der Gesellschaft die logische Folge der persönlichen solidarischen Haftung der Gesellschafter sehen mit dem eine gewisse Selbständigkeit besitzenden Gesellschaftsvermögen.

¹⁴ Vgl. oben, S. 20 f.

¹⁵ Vgl. oben, S. 37; Rep 1919, S. 181 f.

¹⁶ Vgl. BGE 32 II 477.

II. Der Gesellschafter als Subjekt eines Schuldverhältnisses

a) Problemstellung

Die Grundlage für jede Haftung bildet ein Schuldverhältnis, da der Zweck der Haftung die Sicherung von Verbindlichkeiten ist¹⁷.

Das Gesetz anerkennt die Gesellschaft als Subjekt von Schuldverhältnissen (OR 562); die Haftung der Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen ergibt sich somit direkt aus dem Schuldverhältnis, das die Gesellschaft an ihre Gläubiger bindet.

Neben der Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen haftet der Gesellschafter mit seinem Privatvermögen für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Über das Schuldverhältnis, aus dem sich die Haftung des Gesellschafters unmittelbar ergibt, bestehen wegen der engen Bindung zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern die größten Meinungsverschiedenheiten.

Die vollständige Trennung in eine Haftung der Gesellschaft mit ihrem Gesellschaftsvermögen und des Gesellschafters mit seinem Privatvermögen gibt noch keine Antwort auf die Frage, ob die Haftung des Kollektivgesellschafters unmittelbar auf dem zwischen der Gesellschaft und ihrem Gläubiger bestehenden Schuldverhältnis beruht, sei es als Haftung für eigene oder für fremde Schuld, oder ob ein besonderes Schuldverhältnis zwischen dem Gesellschafter und dem Gesellschaftsgläubiger zur Entstehung gelangt.

b) der Gesellschafter als Subjekt des gleichen Schuldverhältnisses wie die Gesellschaft

1. *der Träger der Verbindlichkeiten der Gesellschaft*: Die heute herrschende Meinung geht von der Voraussetzung aus, daß der Gesellschafter der eigentliche Träger der Verbindlichkeiten sei, die unter der Firma der Gesellschaft eingegangen worden sind¹⁸. Da der Kollektivgesellschaft die juristische Persönlichkeit fehle und sie nichts anderes als die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, als eine abgekürzte Bezeichnung für die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung darstelle, sei der Gesellschafter Subjekt des

¹⁷ Vgl. oben, S. 42.

¹⁸ Vgl. Pra 2, N. 154; BGE 42 III 39, 45 II 302, 46 II 471, 51 I 432; *Düringer-Hachenburg*, § 128, Anm. 1 und 5; *Hartmann*, Art. 562, N. 2; *Rospatt*, S. 248.

Schuldverhältnisses, das zwischen der Gesellschaft und ihrem Gläubiger besteht; Gesellschaft und Gesellschafter seien als Träger der Verbindlichkeiten der Gesellschaft identisch¹⁹. Aus dem einen Schuldverhältnis ergebe sich die Haftung der Gesellschafter, einerseits in ihrer Verbundenheit – mit dem Gesellschaftsvermögen –, andererseits als Einzelpersonen – mit ihrem Privatvermögen –²⁰. Die Haftung des Gesellschafters mit seinem Privatvermögen folge direkt aus der Schuldpflicht der Gesellschaft und sei gegenüber der Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen einzig suspensiv bedingt. Die Beziehungen der Gesellschaft und des Gesellschafters zu den Gesellschaftsgläubigern werden als eine Schuld mit verschiedenen Haftungsverhältnissen charakterisiert²¹.

Der Gesellschafter ist selbst Träger der Verbindlichkeiten der Gesellschaft, weil er an der Gesellschaft beteiligt ist und sowohl mit dem Gesellschaftsvermögen wie mit seinem Privatvermögen für die Gesellschaftsschulden einzustehen hat. Damit wird meines Erachtens noch kein Kriterium für die Rechtsstellung des Kollektivgesellschafters als Schuldner gewonnen. Daß der Gesellschafter Träger der Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist, ist ein rein wirtschaftliches Merkmal, das bei allen Personenvereinigungen, unabhängig von ihrer Rechtspersönlichkeit, anzutreffen ist. Jeder Gesellschafter, auch der Aktionär, ist letzten Endes Träger der Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn auch unter Umständen nur mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen; es kann daraus keine Schlußfolgerung auf das Rechtsverhältnis des Gesellschafters zum Gesellschaftsgläubiger gezogen werden.

Aus der Zu- oder Aberkennung der juristischen Persönlichkeit könnte sich eine Lösung unseres Problems durch rein logische Deduktion ergeben, doch haben wir diesen Weg, als den herkömmlichen und zu keinen brauchbaren Resultaten führend, schon in der Einleitung dieser Arbeit verworfen²².

Zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter besteht ohne Zweifel eine gewisse Identität, die je nach dem Standpunkt des

¹⁹ Vgl. *Schneider-Fick*, Art. 564, Anm. 5; *Rospatt*, S. 245.

²⁰ Vgl. *Lehmann*, ZHR 79, S. 73; *Staub-Pinner*, § 128, Anm. 1; *Weipert*, § 128, Anm. 2; *Schlegelberger*, § 128, Anm. 2.

²¹ Vgl. BGE 45 II 302, 46 II 471; *Hartmann*, Art. 568, N. 5; *Lehmann*, ZHR 79, S. 73; mit zum Teil abweichender Begründung, *Kaufmann*, S. 28 ff.

²² Vgl. oben, S. 13 f.

Betrachters und je nach dem Rechtsverhältnis, das der Betrachtung zugrunde liegt, größer oder kleiner ist²³; ob die Identität im Verhältnis zum Gesellschaftsgläubiger so groß ist, daß der Gesellschafter als Haftungssubjekt selbst Schuldner der Gesellschaftsverbindlichkeiten ist, ist nun zu prüfen.

2. *die Gesellschaft und der Gesellschafter als Schuldner*: Die Gesellschaft ist selbst Schuldnerin der Verbindlichkeiten, die unter ihrer Firma eingegangen worden sind, da sie unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann (OR 562). Die Gesellschaft ist eine Vereinigung einzelner Gesellschafter, die Gesellschafter sind selbst Schuldner dieser Verbindlichkeiten, soweit sie in ihrer gesellschaftlichen Vereinigung betrachtet werden²⁴.

Die Gesellschafter werden jedoch nicht vollständig durch die Gesellschaft erfaßt, sie geben nicht ihre ganze persönliche Rechts- und Vermögenssphäre auf, um sie in den Dienst der Gemeinschaft zu stellen. Neben der gesellschaftlichen besitzt jeder Gesellschafter seine Privatsphäre, in der er wie jedes Rechtssubjekt verfügen und sich verpflichten kann, ohne dadurch die Gesellschaft unmittelbar zu tangieren. Als Privatperson kann er sogar in Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft treten wie jeder Dritte²⁵.

Gesellschaftliche Sphäre und Privatsphäre werden durch das Gesetz vollständig getrennt. Die Gesellschaft soll durch die privaten Rechtsverhältnisse des einzelnen Gesellschafters möglichst wenig berührt werden; die gegenseitige wirtschaftliche Abhängigkeit wird dadurch natürlich nicht beseitigt. Umgekehrt soll die freie Rechts- und Handlungsfähigkeit des Gesellschafters in seiner Privatsphäre, soweit sie die Förderung des Gesellschaftszwecks nicht hindert, nicht beeinträchtigt werden.

Die Trennung von gesellschaftlicher Sphäre und Privatsphäre hat zur Folge, daß dem die Gesellschaft belangenden Gläubiger Einreden, die einzelnen Gesellschaftern zustehen, nicht entgegengehalten werden

²³ Vgl. *Siegwart*, Vorb. zu Art. 530 ff., N. 16; *Fischer*, S. 46 ff., der von einem Vorherrschen des Einheits- oder des Vielheitsgedankens spricht.

²⁴ Vgl. *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 551 f.

²⁵ Vgl. oben, S. 28 ff.; *Rospatt*, S. 246, sieht darin: «Ein Ausfluß der auch ohne juristische Persönlichkeit der Gesellschaft doch starken rechtlichen Sonderstellung des Gesellschaftsvermögens gegenüber dem für die Gesellschaftszwecke nicht bestimmten Privatvermögen der Gesellschafter».

können. Selbst wenn eine Schuld gegenüber sämtlichen Gesellschaftern z. B. durch Erlaß erloschen ist oder wegen Stundung oder Verjährung²⁶ nicht geltend gemacht werden kann, besteht die Schuldpflicht der Gesellschaft fort, und der Gläubiger kann gegen die Gesellschaft vorgehen.

Die Bestimmungen über die Verrechnung unterscheiden streng zwischen den Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die nicht mit Forderungen der Gesellschafter gegenüber dem selben Gläubiger verrechnet werden dürfen (OR 573 III) und den Verbindlichkeiten des einzelnen Gesellschafters, die nicht mit Forderungen der Gesellschaft zur Verrechnung gelangen können (OR 573 I und II). Erst in dem Stadium, in dem der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden direkt belangbar ist, ist die Verrechnung, die sich nun aus der unmittelbaren Belangbarkeit des Gesellschafters ergibt²⁷, zulässig.

Daß der Gesellschafter nicht ohne weiteres selbst Subjekt des gleichen Schuldverhältnisses wie die Gesellschaft ist, ergibt sich am eindeutigsten aus der ausdrücklichen Zulassung der Solidarbürgerschaft durch die Revision des Obligationenrechts von 1936. Obschon die Solidarbürgerschaft nicht aus dogmatischen Erwägungen sondern einzig aus praktischen Erwägungen zugelassen wurde²⁸, kann daraus doch der Schluß gezogen werden, daß der Gesellschafter nicht selbst Schuldner der Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist, da die Bürgerschaft begrifflich ein Einstehen für eine fremde Schuld ist²⁹.

Die weitgehende Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Kollektivgesellschaft nach außen ergibt sich auch aus anderen Bestimmungen, auf die wir jedoch in diesem Zusammenhange nicht einzutreten brauchen, da sie nicht in direkter Beziehung zu den Gesellschaftsverbindlichkeiten stehen³⁰.

²⁶ OR 592 I. ²⁷ Vgl. unten, S. 84.

²⁸ Vgl. oben, S. 39 f.; in der Botschaft, BBl 1928 I 215, wird freilich erklärt, daß aus der Zulassung der Solidarbürgerschaft keine Schlüsse zur Lösung der Streitfrage, ob der Kollektivgesellschaft die juristische Persönlichkeit zukomme, gezogen werden sollen; dieser Vorbehalt in den Materialien kann jedoch nicht verhindern, daß auch OR 568 III, letzter Satz, zur Abklärung von Rechtsfragen herangezogen wird.

²⁹ Daher auch ihre Ablehnung durch die Praxis des Bundesgerichtes, vgl. oben, S. 40, Anm. 28.

³⁰ Zum Bisherigen, vgl. auch *Wieland*, S. 629 ff.; *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 521 f., 552 ff.; *Fischer*, S. 50 ff. *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 552 ff., führt außer dem Urteil gegen die Gesellschaft, das nicht in das Privatvermögen der Gesellschafter vollstreckt werden kann (vgl. unten S. 79 f.), und den besonderen Ver-

c) der Gesellschafter als Subjekt eines besonderen Schuldverhältnisses

Wenn der Gesellschafter nicht Subjekt des Schuldverhältnisses ist, das zwischen der Gesellschaft und ihren Gläubigern besteht, muß sich die Haftung des Gesellschafters mit seinem Privatvermögen aus einem besonderen Schuldverhältnis ergeben³¹. Die Haftung mit dem gesamten Privatvermögen für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft (OR 568 I) muß ipso jure einem besonderen Schuldverhältnis zwischen dem Gesellschafter und dem Gesellschaftsgläubiger zur Entstehung verhelfen³².

Dieses Schuldverhältnis entsteht gleichzeitig mit der Verbindlichkeit der Gesellschaft für sämtliche derzeitigen Gesellschafter und mit ihrem Eintritt in die Gesellschaft für die neu eintretenden Gesellschafter (OR 569)³³, es entfaltet seine Hauptwirkung mit dem Eintritt der direkten Belangbarkeit.

Ob die Haftung des Kollektivgesellschafters ein besonderes Schuldverhältnis des Gesellschafters zu den Gesellschaftsgläubigern zur

jährungsverhältnissen die Selbständigkeit der Gesellschaft im Bestand an, d. h. daß der Wechsel der Mitglieder die Gesellschaft in ihren Beziehungen zu Dritten unberührt läßt (OR 576–578), vgl. auch Rep 1919, S. 181. *Fischer*, S. 57 ff., gelangt zum gleichen Resultat durch eine ausführliche Untersuchung der Vertretungsverhältnisse; die Vertretungsmacht bezieht sich auf eine besondere Gesellschaftssphäre (OR 564 I), vgl. auch *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 589, Deutsches Privatrecht, I S. 686 f.; die Gesellschaft haftet für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die ein Gesellschafter in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begeht (OR 567 III), *Fischer*, S. 58 f.; vgl. die Zusammenfassung seiner Thesen durch *Fischer*, S. 74 f. Vgl. auch *Rossel*, Manuel, II S. 25.

³¹ Die Existenz eines reinen Haftungsverhältnisses für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, als fremde Schuld, ohne Schuldpflicht des Gesellschafters, wie es sich aus der heute überholten germanistischen Unterscheidungslehre von Schuld und Haftung (vgl. oben, S. 42, Anm. 4) ergeben könnte, muß wie für den Bürgen (vgl. *Oser-Schönenberger*, Vorb. zu Art. 1–67, N. 55, einlänglich *Reichel*, S. 68 ff.) auch für den Kollektivgesellschaftler abgelehnt werden; daß ein Schuldverhältnis zwischen dem Gesellschafter und den Gesellschaftsgläubigern zur Entstehung gelangen muß, ist auch aus der Formulierung von OR 591 zu ersehen.

³² Vgl. *Wieland*, S. 629; *Gierke*, Deutsches Privatrecht, III, S. 49; *Fischer*, S. 76 f.; *Schreiber*, S. 138.

³³ Für *Gierke*, Deutsches Privatrecht, III S. 50 existiert ein Haftungsverhältnis, bevor eine Gesellschaftsschuld entsteht, als Haftung ohne Schuld, die aus der gesellschaftlichen Verbundenheit fließt; vgl. dazu die Kritik von *Pelet*, S. 266 f., der Erwerb einer Forderung gegen die Gesellschaft ist eine unumgängliche Voraussetzung für den Bestand von Schuld und Haftung, vorher kann keine Rechtsbeziehung zum zukünftigen Gesellschaftsgläubiger bestehen.

Entstehung gelangen läßt, oder ob der Gesellschafter, trotz der weitgehenden Selbständigkeit der Gesellschaft nach außen und der gegen eine Anerkennung des Gesellschafters als Subjekt des gleichen Schuldverhältnisses wie die Gesellschaft sprechenden Argumente, selbst Schuldner der Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist, wird sich aus dem Inhalt der Verpflichtung des Gesellschafters eindeutig ergeben. Die bisherigen Ausführungen haben uns vor einer vorzeitigen Festlegung auf den einen oder anderen Standpunkt bewahrt.

§ 5 Der Inhalt der Verpflichtung

I. Einleitung

Die Kontroverse, die in der Doktrin in bezug auf die Rechtsstellung des Gesellschafters als Haftungssubjekt besteht, findet ihre Fortsetzung bei der Bestimmung des Inhalts der Verpflichtung des Gesellschafters. Im Prinzip sind die Standpunkte durch die Stellungnahme in der vorhergehenden Frage weitgehend vorbestimmt: derjenige, welcher im Kollektivgesellschafter einen unmittelbaren, mit der Gesellschaft identischen Schuldner sieht, verpflichtet ihn persönlich zur Erfüllung der Verbindlichkeiten, die unter der Firma der Gesellschaft eingegangen worden sind¹, derjenige, der der Kollektivgesellschaft eine erhöhte Selbständigkeit zubilligt, läßt den Gesellschafter mit seinem Privatvermögen nur für den Ausfall eintreten, den der Gesellschaftsgläubiger durch die mangelhafte Erfüllung oder die Nichterfüllung durch die Gesellschaft erlitten hat².

Da wir nicht wie die herrschende Meinung im Gesellschafter von vornherein nur das Subjekt des Schuldverhältnisses sehen, das zwischen der Gesellschaft und ihren Gläubigern besteht, haben wir uns die Möglichkeit offengehalten, gestützt auf allfällige gesetzliche Bestimmungen, durch eine angemessene Berücksichtigung der Interessen des Handelsverkehrs und der Beteiligten den Inhalt der Verpflichtung des Gesellschafters und daraus rückschließend die Rechtsstellung des Gesellschafters als Haftungssubjekt festzulegen.

¹ Vgl. *Sieglwart*, 568/69, N. 21; *Hartmann*, Art. 568, N. 7; *Weipert*, § 128, Anm. 4 und 5; *Schlegelberger*, § 128, Anm. 2 und 3; *BGE* 45 II 302; *Rospatt*, S. 245 ff.

² Vgl. *Wieland*, S. 631.

II. Die Identität mit dem Inhalt der Verpflichtung der Gesellschaft

Da die Gesellschaftsschulden aus einem Verhältnis entstanden sind, woran der Gesellschafter ein eigenes Interesse hat, ist der Gesellschafter nach der herrschenden Meinung persönlich zur Erfüllung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft verpflichtet, soweit er hierzu imstande ist³. Wie weit die Identität des Inhalts der Verpflichtung der Gesellschaft und des Gesellschafters im einzelnen geht, wenn wir von dieser Voraussetzung ausgehen, ist an Hand der verschiedenen in Frage kommenden Verbindlichkeiten zu ermes sen.

a) bei Geldschulden:

Die Verpflichtungen der Gesellschaft zu einer Geldleistung bilden die überwiegende Mehrzahl der Fälle, in denen der Gesellschafter persönlich belangt wird. Die Verbindlichkeiten haben zu dem Zeitpunkte, an dem die Gesellschaftsgläubiger direkt gegen den Gesellschafter vorgehen können oder vorgehen wollen, zumeist ihren ursprünglichen Charakter verloren: der Gesellschafter hat für eine Ersatzleistung, für Schadenersatz oder Konventionalstrafe einzustehen, sofern nicht die durch die Gesellschaft eingegangene Verpflichtung von vornherein eine Geldleistung zum Inhalte hatte.

Die Identität des Inhalts der Verpflichtung des Gesellschafters mit demjenigen der Gesellschaft ergibt sich hier aus ihrer Natur. Auf Geldschulden bezieht sich OR 568 I in erster Linie, wenn von einer Haftung mit dem ganzen *Vermögen* gesprochen wird⁴.

b) bei Verpflichtungen zu einer Sachleistung oder zu einem Handeln:

Die Identität der Verpflichtung des Gesellschafters mit derjenigen der Gesellschaft wird von der herrschenden Meinung bei Verpflichtungen zu einer Sachleistung oder zu einem Handeln besonders betont, da der Gegensatz der beiden Standpunkte hier zu offensichtlich verschiedenen Lösungen führt.

Soweit eine Erfüllung durch den Gesellschafter möglich ist, soll er selbst zur gleichen Leistung wie die Gesellschaft verpflichtet sein, z. B. Lieferung von Waren⁵, Rechnungslegung für die Gesellschaft⁶, Räu-

³ Vgl. Siegwart, Art. 568/69, N. 1 und 21; Breitenbach, S. 20 f.

⁴ Vgl. Staub-Pisko, Art. 112, § 4.

⁵ Vgl. Düringer-Hachenburg, § 128, Anm. 3.

⁶ Vgl. Staub-Pinner, § 128, Anm. 16.

mung einer von der Gesellschaft gemieteten Wohnung⁷. Auch die herrschende Meinung muß immerhin die Einschränkung machen, daß, soweit eine Leistung oder eine Handlung nur durch die Gesellschaft erbracht oder vorgenommen werden kann, der Gesellschafter nur zur Ersatzleistung verpflichtet ist⁸.

Die Pflicht zur Erfüllung durch den Gesellschafter, der hierzu imstande ist, wird nicht auf irgendwelche gesetzliche Bestimmungen oder das Interesse der Gesellschaftsgläubiger gestützt, sondern ausschließlich aus der direkten persönlichen Beteiligung des Gesellschafters an den Geschäften der Gesellschaft hergeleitet⁹.

c) bei Verpflichtungen zu einem Unterlassen

Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Frage, ob der Gesellschafter persönlich an Verpflichtungen gebunden sei, welche die Verfügungsfreiheit der Gesellschaft einschränken und die Gesellschaft zum Unterlassen bestimmter Handlungen verpflichten, z.B. Konkurrenzverbote¹⁰, Einkauf bei bestimmten Lieferanten¹¹, ausschließliche Verwendung oder Vertrieb bestimmter Produkte¹².

Die Anhänger der Anschauung, daß die Verpflichtungen des Gesellschafters mit derjenigen der Gesellschaft identisch seien, sind sich gerade in dieser Frage nicht einig¹³. Es wird anerkannt, daß die betreffenden Vereinbarungen in der Regel die Gesellschaft in ihrer gewerblichen Sphäre einschränken wollen, und daß aus diesem Grunde eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches dieser Vereinbarungen

⁷ Vgl. *Busch*, Archiv 8, S. 177; dieser Entscheid aus dem Jahre 1866 geht von der falschen Voraussetzung aus, daß eine solidarische Verbundenheit zwischen der Gesellschaft und dem einzelnen Gesellschafter bestehe (vgl. dazu oben, S. 26); a. M. *Düringer-Hachenburg*, § 128, Anm. 3.

⁸ Vgl. *Siegwart*, Art. 568/69, N. 21; *Hartmann*, Art. 568, N. 7; betr. den Kommanditär, *Bischoff*, S. 12 f.

⁹ Vgl. *Staub-Pinner*, § 128, Anm. 15 und 16; *Staub-Pisko*, Art. 112, § 4; *Düringer-Hachenburg*, § 128, Anm. 3; *Rospatt*, S. 247.

¹⁰ Vgl. RG in Ziv. 136, S. 266 ff.

¹¹ Vgl. RG in JW. 1902, S. 78, N. 10.

¹² Vgl. *Düringer-Hachenburg*, § 128, Anm. 3.

¹³ Für eine Ausdehnung auf den Gesellschafter: *Düringer-Hachenburg*, § 128, Anm. 3; *Weipert*, § 128, Anm. 6; *Rospatt*, S. 247 f.; im Zweifel auch *Hartmann*, Art. 568, N. 7.

auf die Privatsphäre des Gesellschafters ohne entsprechende Klausel nicht gerechtfertigt sei¹⁴.

Die Bestimmungen zum Schutze von Treu und Glauben bieten eine hinreichende gesetzliche Grundlage, um die Umgehung der betreffenden Vereinbarungen durch besondere Zusammenschlüsse der Gesellschafter außerhalb der Gesellschaft zu verhindern¹⁵.

III. Der besondere Inhalt, kraft Haftung

a) die gesetzliche Regelung

Im Gesetz finden wir keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Verpflichtung des Gesellschafters den gleichen Inhalt wie diejenige der Gesellschaft habe. OR 568 I begnügt sich von einer solidarischen Haftung mit dem ganzen Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu sprechen.

Ob der Gesellschafter, soweit er hierzu imstande ist, die Verbindlichkeiten der Gesellschaft selbst zu erfüllen habe, mag im deutschen Recht eine Auslegungsfrage sein; das schweizerische Obligationenrecht gibt meines Erachtens durch die ausdrückliche Anerkennung der Subsidiarität der Haftung des Gesellschafters (OR 568 III) eine eindeutige Antwort. Der Kollektivgesellschafter kann nicht – auf der einen Seite – persönlich zur Erfüllung der selben Verbindlichkeiten wie die Gesellschaft verpflichtet sein und durch die Unterlassungspflichten der Gesellschaft persönlich gebunden sein, – auf der anderen Seite – erst dann belangt werden können, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder zahlungsunfähig geworden ist, sofern es sich um vermögensrechtliche Ansprüche handelt¹⁶. Für eine derart unterschied-

¹⁴ Vgl. *Staub-Pisko*, Art. 112, § 4; für *Staub-Pinner*, § 128, Anm. 2, sind die einzelnen Gesellschafter grundsätzlich an die Vereinbarungen der Gesellschaft gebunden, jedoch nur als handelnd auftretende Gesellschafter; RG in Ziv. 136, S. 270 f. und dort angeführte Entscheide, wo noch in Erwägung gezogen wird, daß die Kollektivgesellschaft über die außergesellschaftlichen Belange ihrer Mitglieder nicht verfügen könne und eine derart weitgehende Haftung den Gefahrenkreis für den Gesellschafter wesentlich erweitern würde; vgl. auch die Kritik von *Wieland*, S. 638.

¹⁵ Vgl. RG in Ziv. 136, S. 266 ff.

¹⁶ Es ist zu beachten, daß sich unsere Gerichte im Gegensatz zu Deutschland, wo zahlreiche besonders ältere Entscheide zu dieser Frage vorliegen, mit dem Inhalt der Verpflichtung des Gesellschafters bis heute nicht zu befassen hatten, trotz der

liche Behandlung der verschiedenen Arten von Verbindlichkeiten der Gesellschaft fehlt jede Grundlage im Gesetz und jede rechtliche oder wirtschaftliche Berechtigung.

Die Subsidiarität der Haftung des schweizerischen Kollektivgesellschafters bestimmt den Inhalt der Verpflichtung des Gesellschafters in der Hinsicht, daß der Gesellschafter nur für den Ausfall, den der Gesellschaftsgläubiger durch die Nichterfüllung der Gesellschaft erlitten hat, einzustehen hat, ohne als Privatperson selbst zur Erfüllung verpflichtet zu sein¹⁷.

b) das Interesse der Beteiligten

Die Haftung des Kollektivgesellschafters mit seinem Privatvermögen erfüllt den doppelten Zweck, den Gesellschaftsgläubigern eine genügende Deckung für ihre Forderungen gegen die Gesellschaft zu gewähren und die Gesellschaft mit einer hinreichenden Kreditbasis zur Erfüllung ihrer Aufgaben zu versehen¹⁸. Der Inhalt der Verpflichtung des Gesellschafters wird durch diese beiden Komponenten und durch das Interesse des Gesellschafters an einer möglichst weitgehenden Unversehrtheit seiner Privatsphäre vor Eingriffen, die sich aus seiner Gesellschafterstellung ergeben könnten¹⁹, bestimmt²⁰.

Die Abgrenzung dieser verschiedenen, zum Teil entgegenstehenden Interessen hat zur zwingenden und solidarischen Haftung sämtlicher Gesellschafter mit ihrem gesamten Privatvermögen für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft geführt, jedoch nur subsidiär, bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder wenn die Gefahr besteht, daß eine vollständige Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen oder aus dem Privatvermögen des Gesellschafters nicht mehr zu erlangen sei. Die Gesellschaftsgläubiger kontrahieren mit der Gesellschaft, die von

schwankenden Stellungnahme unserer Kommentatoren (vgl. *Siegwart*, 568/69, N. 21; *Hartmann*, 568, N. 7); einzig in BGE 45 II 302 wird im Zusammenhang mit der Frage nach der Zulassung der Solidarbürgschaft des Gesellschafters zu Gunsten der Gesellschaft auf den Inhalt der Verpflichtung Bezug genommen und gesagt, daß es sich um die selbe Verbindlichkeit handle mit der Einschränkung, daß sie bis zum Eintritt der direkten Belangbarkeit in der Schwebe sei; in diesem Sinne auch *Steinmann*, S. 25 f.

¹⁷ Vgl. *Mangold*, S. 21.

¹⁸ Vgl. oben, S. 20 f.

¹⁹ Vgl. oben, S. 37 f.

²⁰ Vgl. *Fischer*, S. 77, 79 ff.

Gesetzes wegen unter ihrer Firma Verbindlichkeiten eingehen kann (OR 562). Sie können jederzeit die Erfüllung durch die Gesellschaft verlangen, dagegen soll ihnen die Haftung des Gesellschafters nur eine Sicherung ihrer Forderungen gegen die Gesellschaft gewähren. Die Haftung des Kollektivgesellschafters ist subsidiär und eine bloße Ersatzpflicht, da damit ihr Zweck in hinreichendem Maße erfüllt wird.

Die Verpflichtungen zu einer Sachleistung oder zu einem Handeln, die nach der herrschenden Meinung durch den Gesellschafter selbst zu erfüllen sind, werden in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle so eng mit dem Gewerbe der Gesellschaft verbunden sein, daß sie ohnehin nur durch die Gesellschaft erfüllt werden können; dafür, die Gesellschafter dann zur Erfüllung zu verpflichten, wenn es ihnen möglich ist, fehlt ein hinreichender Grund oder ein besonderes Interesse²¹.

Der Gesellschafter ist nur dann zur Erbringung der gleichen Leistungen wie die Gesellschaft verpflichtet, wenn zwischen dem einzelnen Gesellschafter und dem Gesellschaftsgläubiger eine besondere Vereinbarung getroffen worden ist, oder wenn eine Umgehung der Verpflichtung der Gesellschaft durch den Gesellschafter Treu und Glauben widerspricht.

Aus der direkten persönlichen Beteiligung der Gesellschafter und aus dem Fehlen eines bestimmten Sondervermögens ergibt sich die Haftung der Gesellschafter für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft, in ihrem vollen Umfang und ihrem jeweiligen Bestand²²; weiter geht die Haftung der Gesellschafter nicht. Der Gesellschafter haftet mit seinem Privatvermögen einzig für das Interesse, das die Gläubiger an einer Erfüllung durch die Gesellschaft haben²³.

Da der Inhalt der Verpflichtung des Gesellschafters nicht mit demjenigen der Gesellschaft identisch ist, muß mit der Entstehung der Verbindlichkeit der Gesellschaft ein besonderes, von der Gesellschaftsschuld abhängiges Schuldverhältnis zwischen dem einzelnen Gesellschafter und dem Gesellschaftsgläubiger von Gesetzes wegen entstehen²⁴.

²¹ Vgl. *Wieland*, S. 631.

²² Vgl. oben, S. 18 ff., unten, S. 56 f.

²³ Vgl. *Wieland*, S. 631 ff.; *Fischer*, S. 83 f.

²⁴ Vgl. oben, S. 49 f.

§ 6 Die Haftung des Gesellschafters im Verhältnis zur Gesellschaftsschuld

I. Das Abhängigkeitsverhältnis

Die Haftung des Kollektivgesellschafters für Gesellschaftsschulden läßt neben dem Schuldverhältnis, das die Gesellschaft an ihren Gläubiger bindet, ein besonderes Schuldverhältnis zwischen dem Gesellschafter und dem Gesellschaftsgläubiger von Gesetzes wegen entstehen¹. Dieses Schuldverhältnis unterscheidet sich durch das Subjekt auf der Schuldnerseite und durch den Inhalt der Verpflichtung vom Schuldverhältnis der Gesellschaft². Dennoch steht die Haftung des Gesellschafters als besonderes Schuldverhältnis in einer sehr engen Beziehung zur Gesellschaftsschuld, ja ihr Bestand ist durch die Gesellschaftsschuld bedingt, da der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der *Gesellschaft* einzustehen hat (OR 568 I). Die Entstehung, die Fälligkeit und der Umfang der Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters sind in maßgeblicher Weise von der Gesellschaftsschuld abhängig.

Die Existenz einer Verbindlichkeit der Gesellschaft bildet die Voraussetzung für die *Entstehung* eines Schuldverhältnisses zwischen dem Gesellschafter und dem Gesellschaftsgläubiger³; der Dritte wird erst durch die Entstehung von Gesellschaftsschulden zum Gesellschaftsgläubiger und damit zum Gläubiger des Gesellschafters als Haftungssubjekt.

Die *Fälligkeit* der Gesellschaftsschuld ist neben den gesetzlichen (OR 568 III) eine weitere Voraussetzung für die Belangung des Gesellschafters⁴, da der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur in dem Umfange einzustehen hat, in dem sie gegenüber der Gesellschaft geltend gemacht werden können⁵.

Der Gesellschafter haftet mit seinem Privatvermögen für *sämtliche* Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Rücksicht auf ihren

¹ Vgl. oben, S. 49 f. und 55

² Vgl. oben, S. 47 ff. und 53 ff.

³ Vgl. oben, S. 21 f. und 49; *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 560: «Sie entsteht mit derselben ohne weiteres durch Handlungen oder Vorgänge jeglicher Art, welche eine vermögensrechtliche Verbindlichkeit der kollektiven Einheit erzeugen».

⁴ Außer im Konkurs eines einzelnen Gesellschafters, vgl. unten, S. 74.

⁵ Vgl. *Siegiwart*, 568/69, N. 22; betr. die Fälligkeit im Konkurs der Gesellschaft, unten, S. 71 f.

Rechtsgrund, in dem *Umfang*, in dem sie gegenüber der Gesellschaft festgelegt worden sind⁶.

Diese akzessorische Natur der Haftung des Gesellschafters, die Abhängigkeit der Verpflichtung des Gesellschafters von der Schuldpflicht der Gesellschaft, ergibt sich aus ihrer Funktion. Die Haftung des Kollektivgesellschafters bildet den Ersatz für ein bestimmtes, den Gläubigern verhaftetes Gesellschaftsvermögen⁷. Da der Gesellschafter Vermögensstücke der Gesellschaft in sein Privatvermögen überführen kann, ohne daß der Gläubiger Einspruch dagegen erheben könnte⁸, muß er, wenn die Voraussetzungen für seine direkte Belangung gegeben sind, für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in dem Umfang eintreten, in dem sie gegenüber der Gesellschaft zu Recht bestehen und geltend gemacht werden können⁹, unter Vorbehalt seiner persönlichen Verteidigungsmittel¹⁰.

Die Haftung der Gesellschaft und die Haftung des Gesellschafters stehen zueinander im Verhältnis von Haupt- und Nebenschuld¹¹.

II. Die Haftung des Kollektivgesellschafters als bürgschaftsähnliche Erscheinung

Die Ergebnisse, die wir in bezug auf die Rechtsnatur der Haftung des Kollektivgesellschafters gewonnen haben, zeigen die weitestgehende Übereinstimmung mit denjenigen, die sich aus der Bürgschaft ergeben; die Haftung des Kollektivgesellschafters wird daher

⁶ Der Gesellschafter haftet für Verbindlichkeiten aus Vertrag, unerlaubter Handlung, ungerechtfertigter Bereicherung und für öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten; vgl. *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 560, Anm. 1; *Düringer-Hachenburg*, § 128, Anm. 3; *Hartmann*, 568, N. 7.

⁷ Vgl oben, S. 20 f.

⁸ Vorbehalten bleibt einzig eine Anfechtungsklage gemäß SchKG 285 ff, wenn die besonderen Voraussetzungen hierfür gegeben sind, vgl. oben, S. 20, Anm. 14.

⁹ *Wieland*, S. 631 f. sieht den Grund für die Haftung für Gesellschaftsschulden in ihrem vollen Umfang und jeweiligen Bestand darin, daß der Kollektivgesellschafter für materiell eigene Schulden hafte, daß er ökonomisch am Ergebnis beteiligt sei. Diese Tatsache ist eine wirtschaftliche Begründung für die weitgehende Abhängigkeit der Haftung des Gesellschafters von der Gesellschaftsschuld, ein rechtliches Kriterium für den Umfang der Verpflichtung des Gesellschafters kann daraus nicht entnommen werden.

¹⁰ Vgl unten, S. 81 ff.

¹¹ Vgl. *Wieland*, S. 630 f.

von einem Teil der Doktrin als bürgschaftsähnliche Erscheinung charakterisiert¹². Ein eingehender Vergleich mit der Bürgschaft drängt sich aus diesem Grunde auf und wird uns gleichzeitig eine Zusammenfassung unserer Thesen zur Frage nach der Rechtsnatur der Haftung des Kollektivgesellschafters geben.

a) der Kollektivgesellschaftler und der Bürge als Haftungssubjekte

Sowohl der Kollektivgesellschaftler als auch der Bürge sind Subjekte eines besonderen Schuldverhältnisses kraft Haftung, das sie gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners¹³, beziehungsweise der Gesellschaft¹⁴, bindet. Die Haftung des Bürgen entsteht durch einen Vertrag mit dem Gläubiger für bestimmte Verbindlichkeiten eines Dritten gegenüber demselben Gläubiger (OR 492 I); die Haftung des Gesellschafters entsteht kraft Gesetzes für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft (OR 568 I), als gesondertem Subjekt des Schuldverhältnisses, das sie an ihren Gläubiger bindet¹⁵.

b) der Inhalt der Verpflichtung

Der Inhalt der Verpflichtung des Bürgen wie des Kollektivgesellschafters besteht im Entstehen für die Erfüllung der Hauptschuld zur Sicherung des Gläubigers. Beide haben nicht selbst die Hauptschuld zu erbringen, sondern stehen für das Interesse ein, das der Gläubiger an der Erfüllung durch den Hauptschuldner¹⁶, bzw. durch die Gesellschaft¹⁷, hat. Durch den Inhalt der Verpflichtung unterscheiden sich von der kumulativen Schuldübernahme die Bürgschaft¹⁸ und die Haftung des Kollektivgesellschafters¹⁹.

c) die Subsidiarität

Da sowohl durch die Bürgschaft wie durch die Haftung des Kollektivgesellschafters eine fremde Verbindlichkeit gesichert werden soll

¹² Vgl. *Wieland*, S. 631; *Mangold*, S. 21 f.; so auch die Botschaft des Bundesrates zum aOR, BBl. 1880, S. 211.

¹³ Vgl. *Guhl*, S. 366; *Reichel*, S. 68 ff.; *Schönenberger*, Art. 492, N. 4; *Beck*, Art. 492, N. 78.

¹⁴ Vgl. oben, S. 49, 55.

¹⁵ Vgl. oben, S. 47 ff.

¹⁶ Vgl. *Reichel*, S. 74 ff., 80 f.; *Schönenberger*, Art. 492, N. 5, 6, 15;

¹⁷ Vgl. oben, S. 53 ff.

¹⁸ Vgl. *Reichel*, S. 86; *Schönenberger*, Art. 492, N. 17, 49.

¹⁹ Vgl. *Fischer*, S. 77 ff., 83 ff.

für den Fall, daß der Gläubiger eine Befriedigung durch den Hauptschuldner nicht erlangen kann, sind der Bürge und der Gesellschafter nur subsidiär belangbar²⁰.

Auch wenn eine Solidarbürgschaft eingegangen worden ist oder auf die Vorklage verzichtet worden ist, besteht die Subsidiarität in einem beschränkten Maße fort, indem die Fälligkeit der Forderung und die Nichtleistung durch den Hauptschuldner weiterhin eine Voraussetzung für die Belangung des Bürgen²¹ sowie des Gesellschafters²² bilden.

d) die Akzessorietät

Die Akzessorietät, die Abhängigkeit von der Hauptschuld in bezug auf Entstehung, Umfang und Fälligkeit, ist ein besonderes Merkmal der Bürgschaft²³ wie der Haftung des Kollektivgesellschafters²⁴, im Gegensatz zur kumulativen Schuldübernahme²⁵ und zum Garantievertrag²⁶.

Die Akzessorietät geht jedoch bei der Haftung des Kollektivgesellschafters weiter als bei der Bürgschaft. Der Bürge haftet, ohne entsprechende Vereinbarung, nur für den Betrag der Hauptschuld und die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners; die Haftung für den aus dem Dahinfallen des Vertrages entstehenden Schaden und für Konventionalstrafe wird vom Gesetz nicht präsumiert (OR 499 II Ziff. 1). Der Kollektivgesellschafter muß für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit allen ihren gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Erweiterungen einstehen, auch wenn sie ohne sein Wissen oder gegen seinen Willen entstanden

²⁰ Im Gegensatz zur kumulativen Schuldübernahme und zum Garantievertrag.

²¹ Vgl. OR 496 und 501; *Reichel*, S. 81 ff.; *Schönenberger*, Art. 492, N. 19, 20; *Beck*, Art. 492, N. 86 ff.

²² Vgl. oben, S. 56.

²³ Vgl. OR 492 II; BGE 49 III 211; *Reichel*, S. 84 ff.; *Schönenberger*, Art. 492, N. 21 ff.; *Beck*, Art. 492, N. 88 ff.

²⁴ Vgl. oben, S. 56 f.

²⁵ Die kumulative Schuldübernahme ist akzessorisch nur in bezug auf die Entstehung, jedoch nicht hinsichtlich ihres Weiterbestandes und ihres Umfanges, vgl. *Reichel*, S. 88 f.; *Schönenberger*, Vorb. zu Art. 175–183, N. 2, Art. 492, N. 49; *Beck*, Einleitung, N. 24 ff., S. 15.

²⁶ Vgl. *Guhl*, S. 367; *Schönenberger*, Art. 492, N. 55; *Beck*, Einleitung, N. 18 ff., S. 12 f.; BGE 56 II 381.

sind²⁷. Dieser Unterschied in der Abhängigkeit von der Hauptschuld ergibt sich aus der besonderen Natur jedes der beiden Rechtsverhältnisse.

1. *die besondere Natur der Bürgschaft*: Der Bürge verpflichtet sich in der Regel zur Sicherung bestimmter, genau determinierter Verbindlichkeiten eines Dritten. Die Bürgschaft soll dem Hauptschuldner die Abwicklung bestimmter Rechtsgeschäfte erleichtern oder überhaupt erst ermöglichen. Da der Bürge in der Regel, außer durch den Bürgschaftsvertrag, nicht mit dem Hauptschuldner verbunden ist, kann er keinen Einfluß auf die Tätigkeit des Hauptschuldners ausüben.

Aus diesem Grunde wird besonders im revidierten Bürgschaftsrecht die Eingehung von Bürgschaften durch besondere Formvorschriften erschwert (OR 493), ihre Höhe auf eine bestimmte, im Bürgschaftsvertrag festzusetzende Summe beschränkt (OR 493 I, 499 I) und ihre Erweiterung durch Handlungen des Hauptschuldners, ohne entsprechende Vereinbarung mit dem Bürgen, ausgeschlossen (OR 499 II, 502 II, 503)²⁸. Die Akzessorietät der Bürgschaft wird vom Gesetz soweit gemildert, als es mit ihrem Zweck noch zu vereinbaren ist.

2. *die besondere Natur der Haftung des Kollektivgesellschafters*: Die Haftung des Kollektivgesellschafters soll der Gesellschaft, an der er beteiligt ist, eine hinreichende Kreditbasis gewähren und eine Sicherung all der Verbindlichkeiten gewährleisten, die unter der Firma der Gesellschaft eingegangen werden, da das Gesellschaftsvermögen zu diesem Zwecke keinen genügenden Schutz darstellt²⁹.

Der Gesellschafter ist viel enger als der Bürge mit der Gesellschaft als Hauptschuldnerin verbunden. Er kann immer, ob ihm die Befugnis zusteht, die Gesellschaft zu vertreten, oder ob sie ihm entzogen worden ist³⁰, einen Einfluß auf die Tätigkeit der Gesellschaft ausüben³¹, seine eigenen Interessen geltend machen und den Mißbrauch seines Privatvermögens als Haftungsobjekt weitgehend verhindern³². Die Aufstellung besonderer Formvorschriften zu seinem

²⁷ Vgl. Kaufmann, S. 30 f.

²⁸ Vgl. Schönenberger, Art. 499, N. 18 f.; ab-Yberg, S. 47 f.

²⁹ Vgl. oben, S. 20 f.

³⁰ OR 535 I und 563.

³¹ OR 535 III, 539 II, 541, 565 und 566.

³² Vgl. ab-Yberg, S. 45 ff.; Kaufmann, S. 31 f.

Schutze, analog zu denjenigen des Bürgen, erübrigt sich aus diesem Grunde.

Die Haftung des Kollektivgesellschafters mit seinem Privatvermögen ist nicht wie die Bürgschaft eine Erweiterung der Kreditbasis eines Dritten, sondern die *eigentliche* Kreditbasis der Gesellschaft, die ihr Auftreten im Handelsverkehr überhaupt erst ermöglicht. Die Beschränkung der Haftung auf bestimmte Verbindlichkeiten würde die Sicherung der Gesellschaftsgläubiger in unzulänglicher Weise gewährleisten.

e) Ergebnis

Die Haftung des Kollektivgesellschafters ist eine bürgschaftsähnliche Erscheinung als Nebenschuld und als Ersatzleistung zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft. Aus der, verglichen mit dem Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner, engeren Beziehung des Gesellschafters zur Gesellschaft und der besonderen Funktion der Haftung als Ersatz für ein bestimmtes Gesellschaftsvermögen ergibt sich eine viel weitergehende Abhängigkeit der Haftung des Kollektivgesellschafters von den Gesellschaftsschulden.

III. Die Analogie zur Haftung der Mitglieder anderer Handelsgesellschaften

Die Haftung des Kollektivgesellschafters steht als bürgschaftsähnliche Erscheinung zu derjenigen der Mitglieder anderer Handelsgesellschaften, soweit eine Haftung mit dem Privatvermögen überhaupt besteht, nicht mehr in dem Gegensatz, in den sie durch die herrschende Meinung gestellt worden ist. Die Rechtsnatur der Haftung des Kommanditärs, des Gesellschafters einer GmbH und des Genossenschafters ist in dem Moment nicht mehr von der des Kollektivgesellschafters grundsätzlich verschieden, in dem eine besonders enge Verbundenheit des Gesellschafters zur Gesellschaft als entscheidendes Element der Haftung des Kollektivgesellschafters eliminiert wird³³.

Eine kurze Übersicht über die Haftung dieser Gesellschafter im Vergleich zu derjenigen des Kollektivgesellschafters wird daher eine weitgehende Übereinstimmung der Rechtsnatur der Haftung sämtlicher Handelsgesellschafter als bürgschaftsähnliche Erscheinung ergeben.

³³ Vgl. oben, S. 18 ff., 45 ff.

a) die Haftung des Kommanditärs

Der Hauptunterschied der Haftung des Kommanditärs, verglichen mit derjenigen des Komplementärs und des Kollektivgesellschafters, die Beschränkung auf eine bestimmte Summe³⁴, bringt sie in noch größeren Einklang mit der Bürgschaft, da auch der Bürge in jedem Falle nur bis zu einer bestimmten, im Bürgschaftsvertrag festzusetzenden Summe einzustehen hat (OR 499 I). Was wir in bezug auf die Rechtsstellung des Gesellschafters als Haftungssubjekt, den Inhalt der Verpflichtung und die Akzessorietät festgestellt haben, gilt ebenso für den Kommanditär und wird für den letzteren auch von einem Teil der herrschenden Doktrin bejaht³⁵. Die Erweiterungen der Haftung gegenüber der Bürgschaft ergeben sich wie für den Kollektivgesellschafter aus der Funktion der Haftung als eigentliche Kreditbasis der Gesellschaft und aus der Gesellschafterstellung des Kommanditärs³⁶.

³⁴ Vgl. *Wieland*, S. 738 f.; *Siegwart*, Art. 594/95, N. 6; *Düringer-Hachenburg*, § 171, Anm. 4; *Furrer*, S. 127; BGE 29 II 665.

³⁵ Vgl. *Wieland*, S. 758 f.; betr. die Beschränkung des Inhalts der Verpflichtung auf den Ersatz des Interesses, vgl. *Siegwart*, Art. 610/12, N. 8; *Simon*, S. 99; *Bischoff*, S. 12 f., 90, 133; *Fischer*, 87 f.: für *Steinmann*, S. 12, Anm. 2 ist die Haftung des Kommanditärs sogar nur eine Deckungspflicht (vgl. dazu oben, S. 19, Anm. 8); a. M. noch *Hartmann*, Art. 608, N. 2 ff.; *Düringer-Hachenburg*, § 171, Anm. 2; *Staub-Pinner*, § 171, Anm. 6. *Wieland*, S. 759, sieht darin eine Abweichung von der Haftung des Komplementärs, daß der Kommanditär nur das Interesse zu leisten habe und nicht das, was die Gesellschaft schuldet; im Gegensatz zu seiner Stellungnahme weiter oben, S. 637, wo er auch den Kollektivgesellschafter nur zur Leistung des Interesses verpflichtet. Eine besondere Stellungnahme nimmt BGE 57 II 361 f. ein, indem die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur bis zur Höhe der Kommanditsumme Verbindlichkeiten des Kommanditärs sein sollen, darüber hinaus aber für ihn fremde Schulden, für die eine Verbürgung zulässig sei.

³⁶ Die besondere Vorschrift über die Geltendmachung der Haftung (OR 610 II), daß der Gesellschaftsgläubiger nicht direkt gegen den Kommanditär vorgehen, sondern nur die Einwerfung in das Gesellschaftsvermögen verlangen könne, soll eine Benachteiligung bestimmter Gläubiger vermeiden; die Kommanditsumme muß im Gegensatz zur Bürgschaftssumme in der Regel für eine ganze Reihe von Verbindlichkeiten erhalten; beim Kollektivgesellschafter und beim Komplementär dagegen gewährleistet der Gesellschafterkonkurs eine gleichmäßige Verteilung (vgl. unten, S. 85 f.); entsprechende Vorschriften finden sich bei der GmbH (OR 802 IV) und bei der Genossenschaft (OR 869 II, 870 III, 873); vgl. *Wieland*, 759 ff.; *Siegwart*, Art. 610, N. 35, 40, 44; *Hartmann*, Art. 610, N. 18 ff.; *Staub-Pinner*, § 171, Anm. 7 ff.; *Düringer-Hachenburg*, § 171, Anm. 15 ff.; *Haab*, ZHR 90, S. 276; *Bischoff*, S. 131 f. 151 f.; *Kaufmann*, S. 72 ff., 64 ff.; *ab-Yberg*, S. 30 ff.

b) Die Haftung des Gesellschafters der GmbH

Der Gesellschafter der schweizerischen GmbH haftet nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals (OR 802 I). Dieser Verweis auf die Grundsätze, die für die Haftung des Kollektivgesellschafters gelten, zwingt die herrschende Meinung, die in der Haftung des Gesellschafters einer GmbH, als Haftung für ein mit juristischer Persönlichkeit ausgestattetes Rechtssubjekt, etwas von der Haftung des Kollektivgesellschafters grundsätzlich Verschiedenes sehen muß, zur Aufstellung von Vorbehalten, die einer Anwendung der gleichen Rechtsgrundsätze für die Haftung der Mitglieder beider Gesellschaften entgegenstehen sollen³⁷.

Die Verselbständigung der Kollektivgesellschaft als Haftungssubjekt und die Charakterisierung der Rechtsnatur der Haftung des einzelnen Gesellschafters als bürgschaftsähnliche Erscheinung überwindet die Schwierigkeiten, die sich aus der erweiterten Selbständigkeit ergeben, die der Gesetzgeber durch die Anerkennung ihrer juristischen Persönlichkeit der GmbH zugestanden hat. Der Kollektivgesellschaftler und der Gesellschafter der GmbH haften nach den gleichen Grundsätzen mit ihrem Privatvermögen für das Interesse, das der Gesellschaftsgläubiger an der Erfüllung durch die Gesellschaft hat³⁸, und vermitteln damit der Gesellschaft ihre eigentliche Kreditbasis³⁹.

Der bürgschaftsähnliche Charakter gilt bei der GmbH um so mehr als bei der Kollektivgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, indem als weiteres Moment die analoge Haftung für ein besonderes, mit juristischer Persönlichkeit ausgestattetes Rechtssubjekt hinzukommt.

c) die Haftung des Genossenschafters

Der Gesetzgeber läßt den Genossenschaften im Gegensatz zu den Handelsgesellschaften eine sehr große Freiheit in der Wahl der Haf-

³⁷ Vgl. *Janggen-Becker*, Art. 802, N. 2; den entgegengesetzten Weg schlägt Kaufmann, S. 35 ff. ein, indem er von der juristischen Persönlichkeit der GmbH abstrahiert und den Gesellschafter nach den eigenartigen Grundsätzen, die er für den Kollektivgesellschaftler aufgestellt hat (vgl. *Kaufmann*, S. 29 ff. und meine Kritik dazu oben, S. 26, Anm. 9), haften läßt.

³⁸ Für die GmbH, vgl. *Janggen-Becker*, Art. 802, N. 17; v. *Steiger*, Art. 772, N. 23.

³⁹ Vgl. *Kaufmann*, S. 35 f.; *Lucas Burckhardt*, Die Haftung des Gesellschafters der GmbH, Diss. Basel 1943 (Maschinenschrift), S. 95.

tungsart⁴⁰; das Obligationenrecht präsümiert sogar den Ausschluß jeder persönlichen Haftung⁴¹; die Existenz einer beschränkten oder unbeschränkten Haftung hängt von einer entsprechenden Vorschrift in den Genossenschaftsstatuten ab (OR 868).

Soweit eine Bestimmung über die persönliche Haftung des einzelnen Genossenschafters in die Statuten aufgenommen wird (OR 869, 870), gelangt wie bei den Personengesellschaften und bei der GmbH ein besonderes Schuld- und Haftungsverhältnis zwischen dem Genossenschafter und dem Gläubiger zur Entstehung⁴². Dieses Schuldverhältnis weist in seinem Verhältnis zur Hauptschuld der Genossenschaft eine weitergehende Übereinstimmung mit der Bürgschaft auf und kann in erhöhtem Maße als bei den vorhergehenden Gesellschaftsformen als bürgschaftsähnliche Erscheinung charakterisiert werden⁴³. Die Verbundenheit zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft, die sich schon beim Kommanditär und beim Gesellschafter der GmbH im Vergleich zum Kollektivgesellschafter gelockert hat, ist beim Genossenschafter noch geringer⁴⁴; die Genossenschaft dient nur noch zur Förderung einzelner, bestimmter, wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder⁴⁵; sie ist mit eigener Rechtspersönlichkeit (OR 828 I) und mit einem Vermögen ausgestattet, das durch besondere gesetzliche Vorschriften der freien Verfügung der Genossenschafter weitgehend entzogen ist⁴⁶.

⁴⁰ Vgl. *ab-Yberg*, S. 62 f.

⁴¹ Vgl. neu OR 868, im Gegensatz zu aOR 689.

⁴² Vgl. *ab-Yberg*, S. 27 ff.

⁴³ Vgl. den ausführlichen Vergleich zwischen der Haftung des Genossenschafters und derjenigen des Bürgen von *ab-Yberg*, S. 48 ff., 51 ff., wobei diese beiden Haftungsarten einer sogenannten «Verantwortlichkeitshaftung» des Kollektivgesellschafters, die sich aus der erhöhten persönlichen Beteiligung ergeben soll, gegenübergestellt werden, *ab-Yberg*, S. 44 ff.

⁴⁴ Vgl. BGE 70 III 89; *ab-Yberg*, S. 48 f.

⁴⁵ Vgl. *ab-Yberg*, S. 49.

⁴⁶ Vgl. *ab-Yberg*, S. 24 f.: «Unmittelbare Kreditförderung durch Anlegung eines eigenen Genossenschaftsvermögens soll die mittelbare Kreditsteigerung durch persönliche Haftbarkeit der Mitglieder ersetzen. So wird die Zurückdrängung der unbeschränkten Solidarhaft durch den Ausbau eines starken Genossenschaftsvermögens wettgemacht und der durch den Wechsel der gesetzlichen Präsumption sanktionierten Tendenz zur Haftungsbeschränkung die Gefährlichkeit genommen.» Vgl. jedoch *Guhl*, S. 573, der auch nach rev. OR eine Gefahr sieht, daß das Genossenschaftskapital durch Austritte und Rückzahlungen verschwindet, sodaß die Haftung der Genossenschafter dem Wesen der Genossenschaft entsprechen würde.

Die Haftung des Genossenschafters bildet nicht den Ersatz für ein bestimmtes, den Gläubigern verhaftetes Gesellschaftsvermögen und damit die eigentliche Kreditbasis der Genossenschaft, sondern wie die Bürgschaft eine zusätzliche Sicherung der Genossenschaftsgläubiger, den Ersatz für ein *unzureichendes* Genossenschaftsvermögen, eine Erhöhung der Kreditbasis der Genossenschaft. Die Belangung des Genossenschafters ist daher auf den Ausfall im Konkurse der Genossenschaft beschränkt (OR 869 II und 870 III)⁴⁷.

⁴⁷ Vgl. *ab-Yberg*, S. 58 ff.; doch widerspricht sich *ab-Yberg*, wenn er, S. 62, behauptet, daß der Kredit der Genossenschaft in erster Linie auf der persönlichen Haftung der Mitglieder beruhe; das mag im Einzelfalle vorkommen, kann aber niemals generelle Geltung beanspruchen, da es zur geringen Einflußnahme der Genossenschaft auf die Tätigkeit der Genossenschaft, zur Unversehrtheit ihres Vermögens vor Eingriffen der Genossenschaft (vgl. oben S. 64, Anm. 46) und zur gesteigerten Subsidiarität der Haftung im Widerspruch stehen würde. Die Genossenschaftler müssen sich, wenn sie die Genossenschaft mit einer angemessenen Kreditbasis ausstatten wollen, für die Bildung eines ansehnlichen Genossenschaftsvermögens oder für die beschränkte oder unbeschränkte Haftung entscheiden. Der Begründung *ab-Yberg's*, daß von Gesetzes wegen keine Kapitalbildungspflicht bestehe, kann mit ebensoviel Recht entgegengehalten werden, daß von Gesetzes wegen auch keine Haftung der Genossenschaftler präsumiert werde. Vgl. auch BGE 70 III 88 f., wo noch folgende Begründung für das besondere Vollstreckungsverfahren gemäß OR 873 und VO über den Genossenschaftskonkurs vom 20. 12. 37 gegeben wird: «C'est tout d'abord le fait que les sociétés coopératives sont en général composées d'un très grand nombre d'associés de condition modeste le plus souvent, et dont les ressources sont hors de proportion avec l'importance de l'entreprise. Obliger les créanciers ou la masse à les assigner individuellement devant les tribunaux en payement des sommes dont ils pourraient avoir à répondre personnellement aurait présenté de graves inconvénients. Le risque eût été non seulement de retarder à l'excès la clôture de la faillite, mais aussi d'exposer les intéressés à des frais sans rapport avec la valeur du litige».

Die Geltendmachung der Haftung

§ 7 Der Eintritt der direkten Belangbarkeit

I. Die Auflösung der Gesellschaft

a) die Liquidation

Eine der gesetzlichen Voraussetzungen zur Geltendmachung der Haftung des Kollektivgesellschafters (OR 568 III) ist die Auflösung der Gesellschaft. Die Auflösung beginnt mit dem Eintritt eines Auflösungsgrundes¹; sie hat zur Folge, daß die Förderung des Gesellschaftszweckes aufgegeben wird und die nach außen bestehenden Bindungen der Gesellschaft gelöst werden, worauf die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern folgt.

Die Lösung der Gesellschaft aus dem wirtschaftlichen Verkehr geschieht, sofern die Gesellschaft nicht in Konkurs fällt² oder die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben³, auf dem Wege der *Liquidation* (OR 582). Die Liquidation ist die normale, vom Gesetz vorgesehene Art der Auflösung⁴.

Die Existenz der Gesellschaft endet nicht mit dem Beginn der Auflösung, sondern dauert im Liquidationsstadium⁵ mit verändertem Ziel in beschränktem Maße bis zum Abschluß der Auseinandersetzung mit Dritten weiter⁶.

¹ Über die Auflösungsgründe, vgl. OR 545 I; *Wieland*, S. 669 ff.

² Da der Konkurs der Gesellschaft zu z.T. grundsätzlich anderen Rechtswirkungen auch in bezug auf die Haftung des Gesellschafters führt, werde ich im Zusammenhang mit der erfolglosen Betreibung auf den Konkurs eintreten.

³ Die Geschäftsübernahme durch einen Gesellschafter oder einen Dritten, vgl. *Wieland*, S. 679 f., 690.

⁴ Vgl. *Wieland*, S. 668 f.; *Steinmann*, S. 32.

⁵ Über das Liquidationsstadium als Rechtsverhältnis, vgl. *Wieland*, S. 692 ff.

⁶ Vgl. BGE 23 I 275, 38 I 287 f., 39 II 738, 41 III 120, 59 II 58 f., 59 II 423; Rep 1908, S. 138; *Wieland*, S. 677 ff., 704 ff.; *Siegwart*, Art. 547, N. 37; *Düringer-Hachenburg*, Vorb. zu § 131 ff. Anm. 1; *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 490 f.; *Mangold*, S. 41 f., 45; *Moser*, S. 15 ff.; a. M. BGE 31 I 715, 35 I 250; SJZ 5, S. 185 = ZBJV 45, S. 90 ff.; Rep 1906, S. 508, wonach die Gesellschaft nur noch auf der Grundlage eines bloßen Gemeinschaftsverhältnisses (communio) fortbestehen soll, während mit dem Eintritt eines Auflösungsgrundes die Existenz der Gesellschaft aufhört; diese Theorie sowie eine französische Fiktionstheorie und eine Präsumtivtheorie von

b) der Beginn der direkten Belangbarkeit

1. im allgemeinen: Aus dem Wortlaut des Gesetzes⁷ ergibt sich, daß schon mit der Auflösung der Gesellschaft, mit dem Eintritt eines Auflösungsgrundes, die Subsidiarität der Haftung wegfällt und der Gesellschafter direkt belangt werden kann⁸. Der Gläubiger muß im Gegensatz zum Genossenschaftsgläubiger (OR 869 II)⁹ nicht bis zur Beendigung der Liquidation und bis zur Feststellung ihres Resultates zuwarten, sondern kann, sofern seine Forderung fällig ist¹⁰, während des Liquidationsstadiums direkt gegen den Gesellschafter vorgehen¹¹.

Diese Regelung mag auf den ersten Blick als zu hart für den einzelnen Gesellschafter und zu den Grundsätzen der Haftung des schweizerischen Kollektivgesellschafters vor dem Eintritt eines Auflösungsgrundes im Widerspruch stehend erscheinen. Da der Kollektivgesellschaftler nicht wie der Gesellschafter der deutschen offenen Handelsgesellschaft jederzeit belangt werden kann sondern nur subsidiär, wenn die Gefahr besteht, daß eine vollständige Befriedigung von der Gesellschaft nicht mehr zu erlangen sei, stellt sich die Frage, ob nicht *de lege ferenda* die Belangbarkeit bis zu dem Zeitpunkt hinausgeschoben werden könnte, da die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder des Gesellschafters durch den Konkurs offenkundig geworden ist¹².

Francken, die Liquidation der OHG, 1890 (zitiert und übernommen von *Steinmann*, S. 33 ff.), werden heute einstimmig abgelehnt; vgl. die Zusammenstellung von *Mettler*, S. 10 ff.

⁷ OR 568 III in Verbindung mit OR 574 I, 545 I und 582.

⁸ Zum Eintrag der Auflösung ins Handelsregister sind die Gesellschafter verpflichtet (OR 574 II), doch bildet er keine Voraussetzung für die direkte Belangbarkeit, die den Gläubigern entgegeng gehalten werden könnte, da Unterlassungen der Gesellschafter nicht zu ihren Gunsten geltend gemacht werden können; vgl. *Sieewart*, Art. 568/69, N. 14; *Hartmann*, 568, N. 19; *Moor*, S. 89 f.

⁹ Vgl. oben, S. 65.

¹⁰ Vgl. *Sieewart*, Art. 568/69, N. 22; oben, S. 56: die Fälligkeit tritt nicht wie beim Konkurs *ipso jure* ein. Im Entwurf von 1923, Art. 582, wurde noch ausdrücklich von *fälligen* Gesellschaftsschulden gesprochen; der Ausdruck «fällige» wurde von der Expertenkommission, als sich von selbst ergebend, gestrichen; vgl. Prot. Exp. Komm. S. 55.

¹¹ Vgl. ZR 23, N. 125; ZBJV 39, S. 226 f., 44, S. 374, 45, S. 90 ff. = SJZ 5, N. 53; Rep 1908, S. 138; SZBKR 3, S. 267; *Sieewart*, Art. 568/69, N. 14; *Hartmann*, Art. 568, N. 19.

¹² Für die Belangbarkeit erst nach Beendigung der Liquidation ist im Prinzip, jedoch nicht für unser positives Recht, *Steinmann*, S. 36. Anm. 1; aus der Gerichtspraxis ist ein Fall von 1884 bekannt, vgl. Rev. 3, N. 91. Positiv verwirklicht ist sie in Italien seit 1942, vgl. oben, S. 38, Anm. 24.

Der Gesellschaftsgläubiger hat ebensowenig – wie während des Bestehens der unversehrten Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern – eine Einsichts- und Einwirkungsmöglichkeit in die Tätigkeit der Liquidatoren¹³. Die Art der Abwicklung der Liquidationsgeschäfte und besonders ihre Dauer hängt in maßgeblicher Weise vom Willen der Gesellschafter ab. Doch stellt sich der Gläubiger damit nicht schlechter als vor der Auflösung der Gesellschaft; wenn er eine Befriedigung durch die Gesellschaft nicht erhalten kann, könnte er auf dem Wege der Konkursbetreibung den Wegfall der Subsidiarität der Haftung des Gesellschafters erreichen und gegen den Gesellschafter vorgehen.

Den entscheidenden Grund, der gegen einen Ausschluß der Belangbarkeit des Gesellschafters im Liquidationsstadium spricht, bildet der Wegfall des einzigen Hindernisses, das vor der Auflösung der Gesellschaft übermäßigen Vermögensverschiebungen zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern und der Verwendung von größeren Vermögensmassen zu gesellschaftsfremden Zwecken entgegensteht, nämlich des Interesses der Gesellschaft an der Erhaltung eines genügenden Vermögenssubstrates zum Betrieb ihres Gewerbes und zur Sicherung der Kreditbasis. Mit der Beendigung der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft und der Realisierung ihrer Aktiven erhöht sich für den Gesellschafter die Möglichkeit und die Wünschbarkeit vor der Deckung der Gesellschaftsverbindlichkeiten Teile des Gesellschaftsvermögens in sein Privatvermögen zu übertragen¹⁴, um sie gerade als Ersatz für die gesellschaftliche Tätigkeit zum Aufbau von neuen, gesellschaftsfremden Unternehmungen zu verwenden oder sie generell dem Zugriff der Gläubiger nach Möglichkeit zu entziehen. Die Gesellschaftsgläubiger haben außer der betreibungsrechtlichen Anfechtungsklage (SchKG 285 ff.) keinen Anspruch auf Erhaltung des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft¹⁵. Es kann ihnen daher nicht zugemutet werden, bis zum Abschluß der Liquidation mit dem direkten Vorgehen gegen den

¹³ Vgl. Wieland, S. 691: «Dagegen ist die Liquidation der OHG. und KG. eine res interna der Gesellschafter». Vgl. auch *Hartmann*, Art. 585, N. 3.

¹⁴ Die Pflicht zur Zurückstellung von Mitteln zur Deckung streitiger oder nicht fälliger Verbindlichkeiten (OR 586 II) besteht nur gegenüber den Gesellschaftern und nicht gegenüber den Gläubigern; vgl. *Siegiwart*, 585, N. 5 und 16; *Harimann*, Art. 586, N. 5; a. M. *BIHE* 5, N. 63.

¹⁵ Vgl. *BGE* 36 II 377; *Siegiwart*, Art. 548/50, N. 34.

Gesellschafter zuzuwarten. Die Betreibung der Gesellschaft auf Konkurs, um dadurch die Belangbarkeit des Gesellschafters auszulösen, bietet dem Gläubiger einen unzureichenden Schutz, da sie ihm die Verfolgung seiner Ansprüche in unverhältnismäßiger Weise erschweren und verzögern würde.

Den Ersatz für die geringere Sicherung ihrer Forderungen im Liquidationsstadium finden die Gesellschaftsgläubiger in der Möglichkeit, den Gesellschafter nach dem Eintritt eines Auflösungsgrundes und mit der Fälligkeit ihrer Forderung jederzeit zu belangen¹⁶.

2. *für die im Liquidationsstadium entstehenden Verbindlichkeiten:* Da im Liquidationsstadium die Gesellschaft, wenn auch mit verändertem Zweck und nur in beschränktem Maße, weiterexistiert, entstehen zur Erfüllung des Liquidationszweckes zu diesem Zeitpunkt auch neue Verbindlichkeiten¹⁷. Die neu hinzukommenden Gläubiger befinden sich in der gleichen Rechtslage wie die früheren, der Gesellschafter kann daher auch für die neu, im Liquidationsstadium entstandenen Verbindlichkeiten direkt belangt werden¹⁸.

c) die Kompetenz zur Geltendmachung der Haftung

Die Liquidatoren haben unter anderem die Aufgabe, die Forderungen der Gesellschaft einzuziehen (OR 585 I); solche Forderungen sind nicht die Beträge, für die der Gesellschafter auf Grund seiner Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aufzukommen hat. Da eine direkte Schuldspflicht des Gesellschafters gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger besteht¹⁹, kann nur der Gläubiger und auf keinen

¹⁶ Für *Metzler*, S. 68 ff., ist dieser Schutz der Gläubiger ungenügend, da er die Bedeutung des Privatvermögens des Gesellschafters als Kreditbasis der Kollektivgesellschaft erkennt; er fordert daher vermehrten Gläubigerschutz durch Einwirkungsmöglichkeiten auf den Ablauf der Liquidation.

¹⁷ Vgl. *Sieglwart*, Art. 585/86, N. 6.

¹⁸ Vgl. *Sieglwart*, Art. 585/86, N. 7; a. M. *Steinmann*, S. 43 ff., der ein direktes Vorgehen erst nach beendeter Liquidation und Löschung der Firma zugestehen will, weil er mit der Auflösung eine besondere, mit der vorhergehenden Gesellschaft sehr eng verbundene, jedoch selbständige Liquidationsgesellschaft entstehen läßt (vgl. *Steinmann*, S. 32 ff.), für die auch die Bestimmungen über die Subsidiarität wieder gelten sollen; die direkte Belangbarkeit soll erst nach der Löschung der Liquidationsfirma gegeben sein; die analoge Anwendung der Verjährungsbestimmungen läßt *Steinmann*, S. 47, nicht mehr gelten.

¹⁹ Vgl. oben, S. 49, 55.

Fall der Liquidator der Gesellschaft den Gesellschafter für seinen Passivanteil belangen²⁰.

d) die Rechtsnatur der Haftung im Liquidationsstadium:

Im Liquidationsstadium steht die Haftung des Kollektivgesellschafters, außer dem Wegfall der Subsidiarität, in dem Verhältnis zur Gesellschaftsschuld, in dem sie während des Bestehens der unversehrten Gesellschaft stand²¹. Die Schuldpflicht des Gesellschafters ist weiterhin akzessorisch, der Inhalt seiner Verpflichtung ist das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung seiner Forderung durch die Gesellschaft²². Für eine Änderung der Rechtsnatur der Haftung nach der Auflösung der Gesellschaft fehlt jeder Grund, da sich die Stellung des Gesellschaftsgläubigers, des Gesellschafters und der Gesellschaft in ihrem Verhältnis zueinander, wenn wir von der Änderung des Gesellschaftszweckes, die die direkte Belangbarkeit des Gesellschafters auslöst, absehen, nicht verschiebt²³.

II. Die erfolglose Betreibung und der Konkurs der Gesellschaft

a) im allgemeinen

Die offenkundige Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, die die Auslösung der direkten Belangbarkeit des Gesellschafters zur Folge haben muß²⁴, wird durch die erfolglose Betreibung gegen die Gesellschaft festgestellt. Da die Kollektivgesellschaft im Handelsregister eingetragen ist (OR 552 II) und daher der Konkursbetreibung unterliegt (SchKG 39, Ziff. 5), führt die Zahlungsunfähigkeit in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle zur Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft. Die Eröffnung des Konkurses löst wiederum die Gesell-

²⁰ Vgl. BGE 25 II 394; SJZ 22, S. 217; Wieland, S. 703; Hartmann, Art. 585, N.22; Pinösch, S. 60; im Gegensatz zur Regelung bei der GmbH (OR 802 IV) und beim Kommanditär (OR 610 II), vgl. oben, S. 62, Anm. 36.

²¹ Für die einfache Gesellschaft, vgl. OR 551.

²² Vgl. Mangold, S. 45.

²³ Vgl. Wieland, S. 706 f.; Pinösch, S. 57: «Durch Eintritt ins Liquidationsstadium erfährt die Kollektivgesellschaft nur eine Zweckänderung, keine Strukturwandlung». Für Steinmann, S. 39 f., besteht Solidarität zwischen der Liquidationsgesellschaft und den Gesellschaftern, wegen der direkten Belangbarkeit, jedoch mit bestimmten Vorbehalten.

²⁴ Vgl. oben, S. 33, 37.

schaft auf (OR 574 I) und hat die direkte Belangbarkeit des Gesellschafters aus diesem Grunde zur Folge²⁵.

Die Aufnahme einer besonderen Belangbarkeitsvoraussetzung der erfolglosen Betreibung in OR 568 III geschah mit Rücksicht auf diejenigen Gesellschaftsverbindlichkeiten, die nicht der Konkursbetreibung unterliegen und die Auflösung der Gesellschaft daher nicht zur Folge haben, somit vorwiegend für öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten (SchKG 43)²⁶.

b) die Wirkungen des Konkurses

Wie bei der ordentlichen Liquidation dauert auch im Gesellschaftskonkurs die Existenz der Gesellschaft mit verändertem Zweck in beschränktem Maße bis zur Beendigung der Konkursliquidation weiter²⁷, die Haftung des Gesellschafters erleidet, abgesehen von den folgenden Punkten, keine Änderungen.

1. die Fälligkeit der Gesellschaftsverbindlichkeiten: Im Gegensatz zur Auflösung der Gesellschaft ohne Konkurs hat der Konkurs, um die Schlechterstellung bestimmter Gläubiger zu vermeiden²⁸, die Fälligkeit sämtlicher Verbindlichkeiten der Gesellschaft zur Folge (SchKG 208). Die vorzeitige Fälligkeit gegenüber der Gesellschaft erstreckt sich auch auf die Gesellschafter. Trotzdem SchKG 208 nicht von einer Fälligkeit sämtlicher Forderungen schlechthin sondern ausdrücklich nur gegenüber der *Konkursmasse* spricht und für den Bürgen das Gesetz festlegt, daß der Konkurs des Hauptschuldners die Fälligkeit gegenüber dem Bürgen nicht auslöse (OR 501 I), kann meines Erachtens der Analogieschluß von der Bürgschaft zur Haftung des Kollektivgesellschafters in diesem Falle nicht gezogen werden.

OR 501 I, der die Akzessorietät der Haftung des Bürgen in bezug auf die Fälligkeit der Schulden im Konkurse des Hauptschuldners beseitigt, steht mitten zwischen anderen besonderen Bestimmungen, die die Akzessorietät der Bürgschaft mildern, um den Bürgen vor unvorhergesehenen, da durch Handlungen des Hauptschuldners ausgelöst oder in seinen wirtschaftlichen Verhältnissen begründeten,

²⁵ Vgl. oben, S. 66 ff.; *Moor*, S. 91.

²⁶ Vgl. *Wieland*, S. 636, Anm. 2; *Sieewart*, Art. 568/69, N. 16; *Moor*, S. 90.

²⁷ Vgl. BGE 35 I 812; *Sieewart*, Art. 570, N. 29; oben, S. 66, Anm. 6.

²⁸ Vgl. *Blumenstein*, S. 650.

vorzeitigen oder übermäßigen Belastungen zu bewahren²⁹. Der Kollektivgesellschaftser haftet im Gegensatz zum Bürgen, der sich in der Regel nur gegenüber einem bestimmten Gläubiger für eine bestimmte Schuld verbürgt, für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft, somit für den ganzen Komplex von Passiven, der im Gesellschaftskonkurs fällig wird; wenn der Gesellschafter zu diesem Zeitpunkt dennoch nicht in Konkurs fallen sollte, besteht doch die Gefahr, daß die noch nicht fälligen Gesellschaftsschulden durch die vorzeitige Befriedigung anderer Gläubiger später nicht mehr gedeckt werden können.

Durch die Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft verschlechtert sich die Sicherung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft, da eine vollständige Befriedigung aus den Mitteln der Gesellschaft nicht mehr zu erwarten ist; dem Gesellschaftsgläubiger kann nicht zugemutet werden, mit der Belangung des Gesellschafters bis zur ordentlichen Fälligkeit oder dem durch andere Gläubiger ausgelösten Konkurs des Gesellschafters zuzuwarten³⁰. Dazu kommt noch, daß der Gesellschafter nach der Auflösung der Gesellschaft nur noch während einer beschränkten Zeit der Konkursbetreibung unterliegt³¹; es besteht somit die Gefahr, daß langfristige Forderungen auf dem Wege der Pfändung geltend gemacht werden müßten, trotzdem der Kollektivgesellschaftser auf Konkurs zu betreiben ist, wenn die Fälligkeit der Gesellschaftsschulden gegenüber der Konkursmasse nicht auf den Gesellschafter ausgedehnt würde.

Aus der ratio legis von SchKG 208 und der strengen Akzessorietät der Haftung des Kollektivgesellschaftsers muß sich die Fälligkeit sämtlicher Gesellschaftsverbindlichkeiten gegenüber den Gesellschaftern durch die Eröffnung des Gesellschaftskonkurses ergeben³².

²⁹ Über die Gründe, die einer analogen Anwendung dieser Bestimmungen auf die Haftung des Kollektivgesellschaftsers entgegenstehen, vgl. oben, S. 60 f.

³⁰ Vgl. *Sieglwart*, Art. 568/69, N. 22.

³¹ Vgl. unten, S. 86.

³² *Sieglwart*, Art. 568/69, N. 22, gibt eine im Ganzen abweichende Begründung, indem er das Schwergewicht von den Beziehungen des Gesellschaftsgläubigers zum Gesellschafter auf diejenigen des Gesellschafters zur Gesellschaft verlegt; die Fälligkeit im Gesellschaftskonkurs soll sich aus einem persönlichen Interesse und der wirtschaftlichen Verbundenheit des Gesellschafters zur Gesellschaft ergeben, Gründe, die meines Erachtens nur einen sehr indirekten Einfluß auf die Lösung dieser Frage haben können. In Sem. 51, S. 435 wird auf die Identität zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern verwiesen; vgl. dazu oben, S. 45 ff. a. M. *Stein-*

2. *der Beginn der direkten Belangbarkeit*: Mit der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses fallen die Schranken der Subsidiarität, und der Gesellschafter wird für Verbindlichkeiten der Gesellschaft direkt belangbar³³. Der Gläubiger braucht nicht bis zum Abschluß des Konkurses oder bis zur Feststellung des Ausfalles, der von der Gesellschaft nicht mehr zu erlangen ist, zuzuwarten, um den zahlungsfähigen Gesellschafter zu belangen. Die direkte Belangbarkeit ist die unmittelbare Folge der durch die Konkurseröffnung wie jeden anderen Auflösungsgrund eingeleiteten Auflösung der Gesellschaft³⁴.

c) die erfolglose Betreibung ohne Konkurs

Die erfolglose Betreibung gegen die Gesellschaft ermöglicht den einzelnen Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu belangen, bevor die Gesellschaft aufgelöst wird, einzig wegen der dadurch dokumentierten Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft.

Eine erfolglose Betreibung liegt vor, wenn ein Verlustschein ausgestellt worden ist³⁵.

Die direkte Belangung der Gesellschafter steht nicht nur denjenigen Gläubigern zu, die die Betreibung der Gesellschaft veranlaßt haben und in ihr zu Verlust gekommen sind, sondern sämtlichen Gesellschaftsgläubigern, auch solchen, die den Konkurs der Gesellschaft auslösen können, da nach einer erfolglosen Betreibung der Konkursausbruch keine vollständige Deckung der Gesellschaftsver-

mann, S. 55 f., der streng auf den Wortlaut von SchKG 208 I abstellt und erklärt, daß für eine Ausdehnung auf den Gesellschafter zum Schutze des Gläubigers kein Bedürfnis bestehe, jedoch ohne nähere Begründung.

³³ Über das Konkursverfahren gegen die Kollektivgesellschaft, vgl. *Moor*, S. 17 ff.

³⁴ Vgl. OR 568 III in Verbindung mit OR 574 I; *Sieglwart*, Art. 568/69, N. 15 und dort zitierte Entscheide; *Moor*, S. 78, 80 ff., 91 f.; *Jäger*, SchKG 218, N. 2. Vor der Revision des OR bestand eine Meinungsverschiedenheit in bezug auf den Zeitpunkt der direkten Belangbarkeit darum, weil aOR 568, der die Haftung der Gesellschafter auf den Ausfall beschränkt, statt nur bei gleichzeitigem Konkurs des Gesellschafters im Sinne von SchKG 218 I, von einem Teil der Doktrin und in einzelnen Entscheidungen generell angewendet wurde, als Einschränkung der direkten Belangbarkeit nach der Auflösung der Gesellschaft; vgl. BGE 36 II 376 ff.; *Moor*, S. 78 ff.; *Steinmann*, S. 48 ff.

³⁵ Vgl. SchKG 149 I; *Blumenstein*, S. 498; *Moor*, S. 90. Die gleiche Wirkung löst die Pfändungsurkunde (SchKG 115 I) jedoch nicht der Pfandausfallschein (SchKG 158 I) aus; vgl. SJZ 29, S. 265; *Hartmann*, Art. 568, N. 21; *Moor*, S. 90 f.

bindlichkeiten erwarten läßt³⁶. Die Fälligkeit der Forderungen bildet natürlich weiterhin eine Voraussetzung für ihre Geltendmachung, da eine vorzeitige Fälligkeit nicht wie im Konkurs ipso jure eintritt.

III. Der Konkurs eines Gesellschafters

a) Bedeutung

Eine weitere Voraussetzung für die Geltendmachung der Haftung gegenüber dem Gesellschafter ist der Konkurs des betreffenden Gesellschafters. Diese dritte, erst seit der Revision von 1936 in OR 568 III ausdrücklich erwähnte Belangbarkeitsvoraussetzung³⁷ sieht nicht mehr in der Vermögenslage oder der Zweckänderung der Gesellschaft sondern in der Privatsphäre des Gesellschafters einen Grund, um die direkte Belangbarkeit auszulösen.

Durch die Eröffnung des Konkurses wird die Zahlungsunfähigkeit des Gesellschafters und damit die Gefahr, daß sein Vermögen zur Deckung der Gesellschaftsverbindlichkeiten ausfällt, dokumentiert; den Gesellschaftsgläubigern muß durch den Wegfall der Subsidiarität der Haftung die Möglichkeit geboten werden, sich an der Verwertung dieses Privatvermögens zu beteiligen. Aus der Bedeutung und Funktion des Privatvermögens des Gesellschafters als Kreditbasis der Gesellschaft³⁸ müssen die unvermeidlichen Konsequenzen gezogen werden.

b) Wirkungen

1. *im allgemeinen*: Im Konkurse des Gesellschafters können die Gesellschaftsgläubiger ihre Forderungen, auch wenn sie gegenüber der Gesellschaft noch nicht fällig geworden sind, in ihrem vollen Betrage eingeben (SchKG 218 II).

Die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Gläubigern ändern sich in keiner Weise; die Verbindlichkeiten der Gesellschaft

³⁶ Vgl. Hartmann, Art. 568, N. 21.

³⁷ Vor der Revision ergab sich die Geltendmachung der Haftung im Privatkonkurs des Gesellschafters aus SchKG 218 II als *lex specialis* und *lex posterior* gegenüber dem aOR eindeutig, doch bildete das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung im aOR einen Anlaß zur Schaffung von mannigfaltigen Konstruktionen, die zum Teil zur Folge hatten, daß der ausscheidende Gesellschafter, analog zu dem in Konkurs fallenden, mit seinem Ausscheiden direkt belangbar sein sollte; vgl. die Zusammenstellung von Moor, S. 103 ff.

³⁸ Vgl. oben, S. 20 f.

werden nicht vorzeitig fällig, die Subsidiarität der Haftung der übrigen Gesellschafter dauert weiter³⁹, die Höhe der Forderungen vermindert sich nur in dem Maße, als der Gläubiger im Privatkonkurs Befriedigung erlangt hat⁴⁰. Die Eingabe der Forderung im Privatkonkurs und ihre volle Berücksichtigung ist eine vorsorgliche Maßnahme für den Fall, daß das Gesellschaftsvermögen und das Privatvermögen der übrigen Gesellschafter zur vollständigen Deckung nicht ausreichen sollte⁴¹: der Konkursmasse des Gesellschafters steht dafür ein Rückgriffsrecht gegen die Gesellschaft für den Betrag zu, den sie effektiv bezahlt hat⁴².

2. *bei gleichzeitigem Konkurs der Gesellschaft*: Bei gleichzeitigem Konkurs der Gesellschaft, sei es daß der Gesellschaftskonkurs vor oder während des Privatkonkurses des Gesellschafters ausgebrochen ist⁴³, beschränkt sich der Betrag, den die Gesellschaftsgläubiger im Privatkonkurs eingeben können, auf den im Gesellschaftskonkurs unbezahlt gebliebenen Rest (SchKG 218 I).

Der Ausbruch des Konkurses über die Gesellschaft hat zur Folge, daß das Gesellschaftsvermögen unter Ausschluß der Privatgläubiger zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger zur Verwertung gelangt (OR 570 I); ein allfälliges, auf dem Gesellschaftsanteil beruhendes Liquidationsbetreffnis geht der Konkursmasse des Gesellschafters verloren und wird den Privatgläubigern vollständig entzogen. Als Ersatz für den Verlust, den die Privatgläubiger durch den Ausbruch des Gesellschaftskonkurses erleiden, und für die Vorzugsstellung, in

³⁹ Vgl. Siegwart, Art. 568/69, N. 17; Hartmann, Art. 568, N. 18.

⁴⁰ Es kann jedoch in einem nachfolgenden Konkurs der Gesellschaft oder eines anderen Gesellschafters der volle Betrag der Forderung erneut eingegeben werden, vgl. SchKG 217 I; Jäger, Art. 218, N. 9; Moor, S. 112 f.; Steinmann, S. 57 f.

⁴¹ Vgl. Blumenstein, S. 650: «Dabei müssen auch solche Ansprüche berücksichtigt werden, welche ohne die Konkurseröffnung mangels Fälligkeit oder wegen Bedingtheit oder Betagtheit dem Gemeinschuldner gegenüber noch nicht geltend gemacht werden könnten, da sie sonst jede Aussicht auf Deckung aus dem schuldnerischen Vermögen verlieren würden». Die gleiche Berücksichtigung finden die Bürgschaftsforderungen (SchKG 215) und die bedingten Forderungen (SchKG 210); in SJZ 13, S. 35 — Sem 38, S. 380 wird ausdrücklich die analoge Anwendung von SchKG 210 vorgesehen.

⁴² Vgl. SchKG 218 II; Blumenstein, S. 663 f.; Jaeger, Art. 218, N. 10; Steinmann, S. 58.

⁴³ Vgl. Jäger, Art. 218, N. 2: «Gleichzeitig ist der Konkurs immer dann eröffnet, wenn die beiden Konkursverfahren noch nebeneinander laufen».

die die Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftskonkurs erhoben werden, beschränkt sich die Teilnahme der Gesellschaftsgläubiger im Privatkonkurs auf den Ausfall, den sie im Gesellschaftskonkurs erlitten haben⁴⁴.

Die Durchführung des Privatkurses des Gesellschafters muß bis zur Feststellung der Verluste der Gläubiger im Gesellschaftskonkurs aufgeschoben werden, oder die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger können nur bedingt, im Sinne von SchKG 210 I, in ihrer vollen Höhe im Privatkonkurs des Gesellschafters kollektiert werden⁴⁵.

§ 8 Die prozessuale Geltendmachung und die Einreden der Gesellschafter

I. Der Gerichtsstand

Der ordentliche Gerichtsstand des Kollektivgesellschafters ist schon auf Grund von BV 59 sein persönlicher Wohnsitz (ZGB 23–26) und nicht der Sitz der Gesellschaft¹. Im Handelsregister ist im Interesse der Gesellschaftsgläubiger neben dem Sitz der Gesellschaft der Wohnort jedes einzelnen Gesellschafters einzutragen (OR 554 II Ziff. 1 und 2)².

Während der Einzelkaufmann für seine Geschäftsschulden wahlweise am Orte der Geschäftsniederlassung oder an seinem persönlichen Wohnsitz belangt werden kann³, können die Gesellschaftsgläubiger den Gesellschafter nur an dessen privaten Wohnort einklagen.

Da wir ein besonderes Schuldverhältnis zwischen dem Gesellschafter und dem Gesellschaftsgläubiger anerkennen, das nur in bezug auf

⁴⁴ Vgl. *Sieewart*, Art. 568/69, N. 35 und dort zitierte Entscheide; *Steinmann*, S. 50 ff.; *Breitenbach*, S. 60 ff. Über den Begriff des Ausfalls, vgl. *Moor*, S. 129 ff.; *Steinmann*, S. 52 ff.; *Breitenbach*, S. 60 f.

⁴⁵ Vgl. SJZ 13, S. 34 – Sem 38, S. 376; *Sieewart*, 568/69, N. 35; *Jaeger*, Art. 218. N. 5; *Moor*, S. 136 ff.

¹ Vgl. BGE 4, S. 22, 26 I 299; *Sieewart*, Art. 554/56, N. 15; *Hartmann*, Art. 554, N. 17.

² Vgl. BGE 56 I 67.

³ Für Zürich, ZPO 2 Ziff. 6; die weitere Zusammenstellung bei *Guldner*, S. 69, Anm. 13.

Entstehung, Umfang und Fälligkeit von der Gesellschaftsschuld abhängig ist⁴, müssen wir am Wohnsitzprinzip als Gerichtsstand des Gesellschafters immer auch dann festhalten, wenn gegenüber der Gesellschaft wegen der Natur der Verbindlichkeit oder auf Grund vertraglicher Abmachung ein besonderer Gerichtsstand, derjenige des Erfüllungsortes, ein Sondergericht, ein *forum prorogatum* oder ein Schiedsgericht kompetent ist. Der Gesellschafter ist in allen diesen Fällen an seinem privaten Wohnsitz einzuklagen, da ihm gegenüber die Verbindlichkeit ihren besonderen Charakter verliert⁵. Von diesem Grundsatz kann gegenüber dem Gesellschafter nur dann abgewichen werden, wenn er für sich persönlich auf den ordentlichen Gerichtsstand verzichtet hat und sich dem gesetzlich oder vertraglich vereinbarten Gerichtsstand der Gesellschaft unterworfen hat⁶.

II. Das Verhältnis zum Gesellschaftsprozess

a) im allgemeinen

Da die Gesellschaft parteifähig ist (OR 562), wickeln sich die Prozeßverfahren gegen die Gesellschaft und gegen den Gesellschafter,

⁴ Vgl. oben, S. 49, 55 ff.

⁵ Vgl. oben, S. 53 ff.; *Siegwart*, Art. 568/69, N. 26, will den ordentlichen Gerichtsstand des Wohnsitzes nur dann zulassen, wenn der Anspruch gegen den Gesellschafter seine ursprüngliche Eigenart verloren hat, was meines Erachtens immer der Fall ist; richtig, Sem 35, S. 593 ff., wo die Gesellschaftsschuld auf einem Arbeitsvertrag beruht, für den das Gewerbegericht kompetent ist: «C'est de l'article 568 que résulte le lien de droit permettant au premier (dem Gesellschaftsgläubiger) d'actionner le second (den Gesellschafter persönlich)»; a. M. ZR 16, N. 10, wonach die zwischen dem Gesellschaftsgläubiger und dem Gesellschaftsvertreter vereinbarte Schiedsgerichtsklausel gegenüber allen Gesellschaftern wirken soll, da sämtliche Gesellschafter aus den durch die Gesellschaftsvertreter abgeschlossenen Verträgen persönlich verpflichtet würden, vgl. *Breitenbach*, S. 20 ff. und meine Kritik, oben S. 51 ff.; a. M. auch *Hartmann*, Art. 554, N. 18; *Breitenbach*, S. 65; *Jaeger*, Festgabe *Sohm*, S. 22 f., da der Schuldvertrag der Gesellschaft auch für die Haftung der Gesellschafter den Entstehungsgrund bilde; *Wieland*, S. 637, Anm. 4, gestützt auf ZHR 42, S. 526, N. 137, wo von der Identität der Verpflichtung der Gesellschaft und des Gesellschafters ausgegangen wird. Die neuere Bundesgerichtspraxis läßt eine Abweichung vom verfassungsmäßig garantierten Gerichtsstand des Wohnsitzes auch in besonderen Ausnahmefällen gegenüber mehreren Solidarschuldnern, somit auch den Kollektivgesellschaftern dann zu, wenn besondere Zweckmäßigkeitsgründe die Zulassung einer einheitlichen Klage gegen alle Beklagten erheischen, vgl. BGE 51 I 49, 52 I 135, 53 I 49 und 53; *Hartmann*, Art. 554, N. 17.

⁶ Für den Kommanditär, vgl. BGE 26 I 299.

wie es sich schon aus den besonderen Gerichtsstandbestimmungen ergeben hat, getrennt voneinander ab. Die prozessuale Geltendmachung der Haftung des Kollektivgesellschafters kann unabhängig von einer gleichzeitigen Belangung der Gesellschaft selbst erfolgen⁷; dem Gesellschafter steht nicht die Einrede der Rechtshängigkeit im Gesellschaftsprozess zu⁸.

Um widersprechende Urteile gegen die Gesellschaft und den Gesellschafter über die gleiche Streitfrage zu vermeiden, kann der Entscheid über den Bestand einer Gesellschaftsschuld im Prozeß gegen den Gesellschafter bis zur Urteilsverkündung im Gesellschaftsprozess aufgeschoben werden⁹. Wenn die prozessualen Voraussetzungen gegeben sind (Gerichtsstand, usw.)¹⁰, können die beiden Prozesse zusammengelegt werden, so daß die Gesellschaft und der belangte Gesellschafter eine passive einfache Streitgenossenschaft bilden¹¹.

Gegen den Gesellschafter kann aber auch auf dem Prozeßwege erst dann vorgegangen werden, wenn die Voraussetzungen für seine direkte Belangung vorliegen. Einer Klage gegen den Gesellschafter auf zukünftige Leistung bei Gefahr, daß die Gesellschaft nicht rechtzeitig erfüllen werde, steht die Subsidiarität der Haftung des Kollektivgesellschafters entgegen¹².

⁷ Vgl. *Wieland*, S. 625; *Hartmann*, Art. 562, N. 14; *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 594 f.; *P. Gysin*, S. 11 ff.; a. M. *Siegwart*, Vorb. zu Art. 530 ff., N. 120, Art. 562, N. 10; unentschieden, ZR 16, N. 10.

⁸ Vgl. *Wieland*, S. 421, Anm. 61, S. 625; *Hartmann*, Art. 562, N. 14; *P. Gysin*, S. 37; *Jaeger*, Festschrift *Sohm*, S. 66 f.; *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 595.

⁹ Vgl. *Wieland*, S. 624, Anm. 6.

¹⁰ Vgl. *Guldener*, S. 226 f.

¹¹ Für Zürich, ZPO 38; *Wieland*, S. 421, Anm. 61; *Siegwart*, Vorb. Art. 530 ff., N. 120; *Hartmann*, Art. 562, N. 14; *P. Gysin*, S. 18 f.; *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 595, Anm. 1; jedoch nicht eine notwendige Streitgenossenschaft, da sich der Anspruch gegen den Gesellschafter aus einem besonderen Schuldverhältnis ergibt; a. M. *Jäger*, Festgabe *Sohm*, S. 64, wegen der Rechtskraft des gegen die Gesellschaft gefällten Urteils dem Gesellschafter gegenüber.

¹² a. M. *P. Gysin*, S. 19 f., der analog zur deutschen ZPO § 259 ein Urteil gegen den Gesellschafter auf zukünftige Leistung zulassen will, vollstreckbar nach Eintritt der direkten Belangbarkeit, weil der Gläubiger bis zur endgültigen Befriedigung sonst großen Zeitverlust erleiden würde. Die Subsidiarität der Haftung bezieht sich meines Erachtens nicht nur auf die Vollstreckbarkeit sondern als materiellrechtliche Norm auf jede Belangbarkeit, vgl. oben, S. 32 ff.; vgl. dazu auch *Guldener*, S. 209 f.: «Inwiefern eine Klage auf künftige Leistung zulässig ist, beurteilt sich nach materiellem Recht. Allgemein dürfte es sich rechtfertigen, die Klage auf künftige Lei-

b) die Rechtskraft des gegen die Gesellschaft gefällten Urteils

Der Kollektivgesellschafter hat für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzustehen, in dem Umfang, in dem sie gegenüber der Gesellschaft bestehen. Die weitgehende Akzessorität der Haftung des Kollektivgesellschafters zur Schuldpflicht der Gesellschaft¹³ hat zur Folge, daß das Urteil im Prozeß gegen die Gesellschaft, das eine Gesellschaftsschuld rechtsverbindlich festlegt, auch die Rechtsstellung des Gesellschafters als Haftungssubjekt präjudiziert^{14, 15}. Dem gegen die Gesellschaft gefällten Urteil muß die gleiche Wirkung zukommen wie einer Schuldanerkennung durch die Gesellschaft¹⁶ oder einem durch den bevollmächtigten Gesellschaftsvertreter anerkannten Verlustschein im Konkurse der Gesellschaft¹⁷. Soweit die Gesellschaft eine Verbindlichkeit anerkannt hat und auf die Geltendmachung bestimmter, ihr zustehenden Einreden verzichtet hat, können sie auch vom Gesellschafter nicht mehr erhoben werden¹⁸. Der Gesellschafter kann nur noch die ihm persönlich gegenüber

stung zuzulassen, sofern der Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der Klage besitzt und die Fälligkeit nur noch von einem dies certus an certus quando abhängig ist». Diese Voraussetzungen treffen bei der Haftung des Kollektivgesellschafters für die Gesellschaftsschulden sicher nicht zu.

¹³ Vgl. oben, S. 56 ff.

¹⁴ Vgl. ZR 6, N. 89; ZR 16, N. 42; BGE 71 II 40; Rev. 19, S. 121, N. 66; *P. Gysin*, S. 38 ff., bes. 41 ff.; *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 595 f.; *Wieland*, S. 421. Anm. 61, S. 624, der jedoch die Rechtskraft des Urteils für den Gesellschafter nicht von der Rechtsstellung des Gesellschafters als Haftungssubjekt sondern von einer Vertretungsmacht der prozeßfähigen Gesellschaft den jeweiligen Gesellschaftern gegenüber herleitet; richtig dagegen *Jäger*, Festgabe Sohm, S. 61 ff., S. 61: «Dagegen wirkt allerdings die Verurteilung der Gesellschaft auch Rechtskraft gegen die Gesellschafter, insofern sie das Bestehen einer Gesellschaftsverbindlichkeit bejaht, und umgekehrt die von der Gesellschaft erstrittene Feststellung des Nichtbestehens einer Gesellschaftsverbindlichkeit Rechtskraft zugunsten der Gesellschafter, insofern sie zugleich die Haftung des Eigenvermögens verneint.»

¹⁵ Im Unterschied zur Bürgschaft, vgl. dazu oben, S. 59 ff.; *Wieland*, S. 632, Anm. 10; *Oertmann*, Kommentar zum BGB § 767, N. 2, g.

¹⁶ Vgl. oben, S. 56 f.

¹⁷ Vgl. unten, S. 89.

¹⁸ Vgl. ZBJV 50, S. 325; *Sieewart*, Art. 562, N. 12; *Hartmann*, Art. 562, N. 16; *P. Gysin*, S. 44; das HGB statuiert in § 129 I ausdrücklich: «Wird ein Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen, so kann er Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können.»

dem Gesellschaftsgläubiger zustehenden Verteidigungsmittel geltend machen¹⁹. Umgekehrt kann der Gesellschafter, wenn der Bestand einer Gesellschaftsschuld im Gesellschaftsprozeß verneint wird, dem ihn persönlich belangenden Gesellschaftsgläubiger den Einwand der *res judicata* entgegenhalten²⁰. Dem Urteil im Gesellschaftsprozeß kommt eine beschränkte Rechtskraft gegenüber dem Gesellschafter zu²¹.

Das Urteil kann nicht direkt gegen den einzelnen Gesellschafter vollstreckt werden, dagegen wird durch die Praxis die provisorische Rechtsöffnung (SchKG 82) analog einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung gewährt²². Dem Gesellschafter steht durch sofortiges Glaubhaftmachen (SchKG 82 II) oder durch Erhebung der Aberkennungsklage (SchKG 83 II) die Möglichkeit offen, seine persönlichen Einreden in angemessener Weise zur Geltung zu bringen²³.

III. Die Einreden des Gesellschafters

a) die der Gesellschaft zustehenden Einreden

Da der Kollektivgesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur in dem Umfange einzustehen hat, in dem sie gegenüber

¹⁹ Vgl. unten, S. 83 f.

²⁰ Vgl. *Wieland*, S. 624; *Jaeger*, Festgabe Sohm, S. 61; *P. Gysin*, S. 48.

²¹ Vgl. ZR 16, N. 42; SJZ 10, S. 31 = ZBJV 49, S. 285; *Sieewart*, Art. 562, N. 12; *Hartmann*, Art. 562, N. 16.

²² Vgl. unten, S. 89; ZR 16, N. 42; SJZ 33, S. 127; *Sieewart*, Art. 562, N. 12; *Hartmann*, Art. 562, N. 16; für definitive Rechtsöffnung, ZR 32, N. 39 und SJZ 20, S. 376 f. = ZBJV 60, S. 450, da im Prozesse der Kollektivgesellschaft die Gesellschafter Partei seien und das OR eine dem HGB, § 129 IV, entsprechende Bestimmung nicht enthalte; HGB 129 IV lautet: «Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt»; in SJZ 20, S. 376 f., wird das Eingeständnis gemacht, daß die definitive Rechtsöffnung die Rechtsstellung des Gesellschafters präjudiziere, sofern er keine, gemäß SchKG 81 I zur Abwendung der Rechtsöffnung erforderliche Urkunde vorlegen kann; gemäß SchKG 81 I müssen die Einwendungen auch nach Erlaß des Urteils entstanden sein; vgl. dazu die ausführliche Kritik von *P. Gysin*, S. 45 ff.

²³ Vgl. ZR 16, N. 42; Entscheide des Luzerner Obergerichtes, 1916, S. 36.

der Gesellschaft geltend gemacht werden können, hat er das Recht dem Gesellschaftsgläubiger sämtliche der Gesellschaft zustehenden Einreden entgegenzuhalten²⁴.

Der Gesellschafter ist zur Geltendmachung der der Gesellschaft zustehenden Einreden nicht nur berechtigt sondern auch verpflichtet, da er in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt anzuwenden hat, die er in seinen eigenen anzuwenden pflegt (OR 538 I), und er für den durch sein Verhalten entstandenen Schaden einzustehen hat (OR 538 II). Wenn der Gesellschafter die Einreden nicht erhebt, beeinträchtigt er sein Regreßrecht gegen die Gesellschaft²⁵ – analog dem Bürgen im Verhältnis zum Hauptschuldner (OR 502 III)²⁶ – und gegen seine Mitgesellschafter – auf Grund der *solidarischen* Verpflichtung der Gesellschafter, die ihnen die Pflicht auferlegt, die ihnen gemeinsam zustehenden Einreden geltend zu machen (OR 145 II)²⁷.

b) die persönlichen Einreden

1. *aus dem Gesellschaftsverhältnis*: Aus der Funktion der Haftung des Kollektivgesellschafters als Kreditbasis der Gesellschaft, auf deren Wahrung die Gesellschaftsgläubiger einen unbedingten Anspruch haben, ergibt sich, daß persönliche Einreden des Gesellschafters, die sich aus seinem Verhältnis zur Gesellschaft und zu seinen Mitgesellschaftern ergeben, nur in sehr beschränktem Maße zugelassen werden können.

Der Gesellschafter kann gutgläubigen Dritten nicht entgegenhalten, daß die Gesellschaft wegen Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages gar nicht zur Entstehung gelangt sei²⁸, oder daß sein Beitritt zur Gesellschaft mit einem Willensmangel behaftet

²⁴ Vgl. Mangold, S. 25; für Hartmann, Art. 568, N. 29, deswegen, weil es sich bei der Haftung des Gesellschaftsvermögens und derjenigen des Gesellschafters um eine einheitliche Verpflichtung handelt; auch der Bürge hat jedoch das Recht, die dem Hauptschuldner oder sogar seinen Erben zustehenden Einreden geltend zu machen (OR 502 I), ohne daß es sich bei der Bürgschaft um eine einheitliche Verpflichtung handeln würde.

²⁵ Vgl. Siegwart, Art. 568/69, N. 23.

²⁶ Vgl. Jaeger, Art. 218, N. 9.

²⁷ Vgl. Hartmann, Art. 568, N. 30.

²⁸ Vgl. oben, S. 22; SJZ 37, S. 302; RG in Ziv. 145, S. 158 f.; Siegwart, Vorb. zu Art. 530 ff. N. 116; Hartmann, Art. 552, N. 23; von Arx, S. 32, 68 f., 75.

sei²⁹. Im Interesse der Rechtssicherheit, zum Schutze des Vertrauens der Gläubiger, muß der Kollektivgesellschafter auf Grund von OR 568 für die Gesellschaftsschulden immer auch dann einstehen, wenn der Beitritt zur Gesellschaft nach OR 23ff. für ihn unverbindlich ist³⁰. Die innere Rechtfertigung für den Schutz der Gläubiger fehlt nur

²⁹ Vgl. ZR 1, N. 54, S. 71 f., 4, N. 189, S. 304; *Wieland*, S. 530 f.; *Hartmann*, Art. 552, N. 20; *Alfred Wieland*, Festschrift Wieland, S. 428 ff.; a. M. einzig *Levi*, S. 52, 62 ff., 67 ff., da er ausschließlich auf das Vertretungsverhältnis abstellt und die Bedeutung der unabhängig davon bestimmten Haftung (OR 552 und 568) als Kreditbasis der Gesellschaft verkennt, demgegenüber eine strengere Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens voraussetzt, vgl. dazu oben, S. 20, Anm. 14.

³⁰ Vgl. ZR 2, N. 216, S. 266; RG in Ziv. 145, S. 158; *von Tuhr*, OR, S. 270; *Alfred Wieland*, Festschrift Wieland, S. 432; *Gyr*, S. 57; *von Arx*, S. 69 f. Über die verschiedene theoretische Begründung der Haftung des Gesellschafters bei Willensmängeln, vgl. die Zusammenstellung von *Alfred Wieland*, ZHR 64, S. 64 ff.; von *Tuhr*, BGB, I S. 479 ff.; *von Arx*, S. 69 ff.; auch für die Kollektivgesellschaft gelten die Ausführungen von *Tuhr*'s, BGB, I S. 479 f.: «Der eigentliche, in den Gerichtsentscheidungen in voller Deutlichkeit ausgesprochene Grund der die Anfechtung einschränkenden Praxis liegt nicht in der dogmatischen Auffassung des Gründungsaktes, sondern in der rechtspolitischen Rücksicht auf die Gläubiger der juristischen Person». Im allgemeinen wird der *betrügende* Mitgesellschafter als Dritter behandelt, dessen Täuschung die Verbindlichkeit der Gesellschaftsschuld für den Gesellschafter nur dann hindert, wenn der Gläubiger bösgläubig ist (OR 28 II), um damit die Regeln des allgemeinen Teils des OR für den in der Praxis häufigsten Fall heranziehen zu können; vgl. BGE 31 II 71, 34 II 312, 60 II 110; ZR 2, N. 215; *Hartmann*, Art. 552, N. 20; *von Tuhr*, OR, S. 287; *Alfred Wieland*, Festschrift Wieland, S. 431 f.; *von Arx*, S. 76; die beiden letzteren folgern daraus sogar, daß, gestützt auf OR 29, die Haftung des Kollektivgesellschafters, der durch Drohung zum Beitritt veranlaßt worden ist, auch gegenüber gutgläubigen Gläubigern weg falle. Es wird dabei übersehen, daß die Anwendung von OR 28 und 29 auch die Zulassung der Irrtumsanfechtung zur Folge haben müßte, daß gerade, wenn der durch die Täuschung des Mitgesellschafters erzeugte Irrtum ein wesentlicher ist – Grundlagenirrtum (OR 24, Ziff. 4) –, der Vertrag auch gegenüber gutgläubigen Kontrahenten unverbindlich wäre (vgl. *von Tuhr*, OR, S. 287) und damit die Haftung des Gesellschafters wegfallen würde; mit z. T. anderer Begründung auch *Levi*, S. 67 f., der aus diesem Grunde die Geltendmachung von Willensmängeln generell zulassen will; anders noch unter dem aOR, das an der Stelle des Grundlagenirrtums nur den error in substantia kannte (aOR 19, Ziff. 4); daher auch der Verweis auf die allgemeinen Normen in BGE 29 II 662, 31 II 71, 34 II 312; die Unzulässigkeit der Geltendmachung von Willensmängeln, die den Gesellschaftsvertrag berühren, gegenüber dem belangenden Gesellschaftsgläubiger kann nicht auf den allgemeinen Teil des OR gestützt werden, sondern ergibt sich sowohl bei Grundlagenirrtum wie bei Täuschung und Drohung wegen der nach außen abgegebenen Erklärung, als Kollektivgesellschafter haften zu wollen, vgl. *Oser*, Art. 29, N. 16; ebenso für die Mitglieder von Kapitalgesellschaften, vgl. *Walter Boesch*, Willensmängel beim Beitritt zu Kapitalgesellschaften, Diss. Zürich, 1937.

dann, wenn der Gläubiger den Mangel gekannt hat oder hätte kennen sollen³¹.

Der Schutz der Interessen der Gläubiger findet seine Grenze erst bei der Handlungsunfähigkeit des Gesellschafters³². Der Handlungsunfähige kann weder sich noch andere verpflichten; Rechtsgeschäfte, die er abgeschlossen hat, sind nichtig; sind sie von einem anderen Gesellschafter abgeschlossen worden, so haften nur die handlungsfähigen Gesellschafter³³, es sei denn, der Handlungsunfähige sei mit der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters an der Gesellschaft beteiligt³⁴.

Eine Erleichterung in der Gewährung von Einreden wird von einer älteren Praxis dem in eine bestehende Gesellschaft eintretenden Gesellschafter für die vor seinem Eintritt entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten gewährt, da die Gläubiger mit der Erweiterung der Kreditbasis der Gesellschaft nicht rechnen konnten³⁵. Die Gleichstellung des eintretenden Gesellschafters mit den übrigen Gesellschaftern in bezug auf die Haftung für die Gesellschaftsschulden³⁶ muß sich auch auf die den Gesellschaftern zustehenden Einreden erstrecken, da die Erweiterung der Kreditbasis mit dem Beitritt zur Gesellschaft auf die Dispositionen der Gesellschaftsgläubiger einen wesentlichen Einfluß haben kann. Die nachträgliche Zulassung der Geltendmachung von Willensmängeln kann für die Gläubiger eine ebensogroße Schädigung ihrer Interessen bedeuten, wie diejenige der ursprünglichen Gesellschafter³⁷.

2. *aus persönlichen Beziehungen zum Gläubiger*: Wie jedem anderen Schuldner sind auch dem Kollektivgesellschaftler in der Erhebung von persönlichen Einreden, die ihm auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses oder besonderer Abreden mit einem Gesell-

³¹ Vgl. BGE 60 II 110; *Hartmann*, Art. 552, N. 20; *Gyr*, S. 57 f.; *von Arx*, S. 77 f.; a. M. *Staub-Pinner*, § 123, Anm. 10, der sonst eine empfindliche Schädigung des Rechtsverkehrs befürchtet.

³² Vgl. BGE 55 II 157; RG in Ziv. 145, S. 159; *Sieewart*, Vorb. zu Art. 530 ff., N. 116; *von Arx*, S. 70 f.

³³ Vgl. RG in Ziv. 145, S. 157 f.; *Wieland*, S. 532.

³⁴ Vgl. *Sieewart*, Art. 530, N. 3.

³⁵ Vgl. *Huber*, Rechtsgutachten in Sachen Bank in Baden gegen *Maag-Wölfling*, Zürich 1899; ZR 1, N. 54, S. 70: «Ein Schaden im Rechtssinne liegt nicht vor, weil die Gläubigerin auf den Eintritt des Beklagten keinen rechtlichen Anspruch hatte»; unentschieden, das Bundesgericht in ZR 1, N. 54, S. 71; *Schläpfer*, S. 86.

³⁶ Vgl. OR 569 und oben, S. 22 f.

³⁷ Vgl. BGE 60 II 110; *Gyr*, S. 61 f.

schaftsgläubiger zustehen, keine Schranken gesetzt³⁸. Ob der Gesellschafter durch die Geltendmachung von persönlichen Einreden von seiner Schuldpflicht vollständig befreit wird, oder ob er indirekt, auf dem Regreßwege, dennoch für die betreffende Gesellschaftsschuld eintreten muß, ergibt sich aus dem Innenverhältnis der Gesellschaft und beurteilt sich nach dem Gesellschaftsvertrag und nach der Natur der betreffenden Einrede.

Die wichtigsten, dem Gesellschafter zustehenden persönlichen Einreden, die nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis herrühren, sind diejenigen der Stundung, des Erlasses und der Verrechnung. Die Verrechnung der Gesellschaftsschuld mit persönlichen Forderungen gegen den Gläubiger wird durch das revidierte OR, Art. 573 III, ausdrücklich zugelassen, in Bestätigung einer schon vorher bestehenden Praxis³⁹; mit dem Eintritt der direkten Belangbarkeit ist die erforderliche Gegenseitigkeit zwischen der Gesellschaftsverbindlichkeit und der Forderung des Gesellschafters gegen den Gesellschaftsgläubiger gegeben. In gleicher Weise ist zu diesem Zeitpunkt auch der Gläubiger berechtigt, seine Forderung gegen die Gesellschaft mit einer eigenen Verbindlichkeit gegenüber einem einzelnen Gesellschafter zu verrechnen (OR 573 III)⁴⁰.

§ 9 Die betreibungsrechtliche Geltendmachung

I. Der Betreibungsort

Der Betreibungsort des Kollektivgesellschafters ist auch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft sein persönlicher Wohnort (SchKG 46) und nicht der Sitz der Gesellschaft¹.

Nur der im Ausland wohnende Kollektivgesellschaftler kann analog zum Schuldner, der am Sitz der Geschäftsniederlassung betrieben werden kann (SchKG 50 I), an dem im Handelsregister eingetragenen Sitz der Gesellschaft für Gesellschaftsschulden betrieben werden. Die

³⁸ Vgl. *Wieland*, S. 623 f.; *Sieewart*, Art. 562, N. 12; *Hartmann*, Art. 562, N. 16.

³⁹ Vgl. SJZ 20, S. 376 f. = ZBJV 60, S. 45; Rev. 11, S. 75 f.; *Wieland*, S. 657, Anm. 10; *Hartmann*, Art. 573, N. 6.

⁴⁰ Schon nach aOR 571 III; vgl. *Wieland*, S. 656, Anm. 9; *Sieewart*, Art. 573, N. 3; *Hartmann*, Art. 573, N. 6.

¹ Vgl. BGE 26 I 230; ZBJV 49, S. 315; SZBKR I S. 345; *Moor*, S. 92.

Gleichstellung des Gesellschaftssitzes mit einer Geschäftsniederlassung², als Betreibungsort des im Ausland wohnenden Gesellschafters, ist trotz der nicht analogen Rechtsstellung des Kollektivgesellschafters aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen gerechtfertigt³. Da die Haftung des Kollektivgesellschafters als Kreditbasis der Gesellschaft für den Gesellschaftsgläubiger die gleiche Bedeutung haben kann wie das Privatvermögen des Einzelkaufmanns für den Geschäftsgläubiger, soll die Belangung des Gesellschafters nicht aus rein formalen Gründen, wegen des Wohnsitzes im Ausland, in unverhältnismäßiger Weise erschwert werden⁴.

II. Die Betreibungsart

a) die ordentliche Konkursbetreibung

1. *Bedeutung*: Der Kollektivgesellschafter untersteht, wenn er im Handelsregister als solcher eingetragen ist, der Konkursbetreibung (SchKG 39 I Ziff. 2). Er ist damit im Gegensatz zum Kommanditär, der trotz dem Eintrag ins Handelsregister auf Pfändung zu betreiben ist, dem Inhaber einer Einzelfirma und den Handelsgesellschaften gleichgestellt.

Der Kollektivgesellschafter wurde nicht wegen einer besonderen Rechtsstellung als Träger der Verbindlichkeiten der Gesellschaft der Konkursbetreibung unterstellt, sondern einzig zum Schutze der Interessen der Gläubiger⁵. Der Kollektivgesellschafter hat wie der Einzelkaufmann oder die Handelsgesellschaft in der Regel für einen ganzen Komplex von Verbindlichkeiten unbeschränkt und unmittelbar gegenüber verschiedenen Gläubigern einzustehen; der Kommanditär dagegen ist mit der Einwerfung seiner Kommanditsumme befreit.

² Über den Begriff der Geschäftsniederlassung, vgl. *Jaeger*, Art. 50, N. 2; *August Lenzi*, Die Betreibungsstände nach dem schweizerischen SchKG, Diss. Zch., 1934, S. 88.

³ Dagegen nicht die Erhebung der Klage gegen den Gesellschafter am Sitz der Gesellschaft, vgl. oben, S. 76.

⁴ BGE 37 I 474, 55 III 116: «Maßgebend hierfür war die Erwägung, daß der Kollektivgesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt hafte und daß deshalb das Zwangsvollstreckungsrecht Mittel und Wege zu bieten habe, um seine Haftbarkeit auch gegen die Teilhaber, die im Ausland wohnen, praktisch wirksam werden zu lassen»; vgl. auch *Lenzi*, a.a.O., S. 89.

⁵ Vgl. das Protokoll der ständerätlichen Kommission, BBl 1886 III 617: «Nicht

Die Konkursbetreibung stellt alle Gläubiger gleich und verhindert, daß einzelne Gläubiger auf dem Wege der Pfändung vorzugsweise befriedigt werden⁶. Aus diesem Grunde untersteht der Kollektivgesellschaftler für die Gesellschaftsschulden und für seine privaten Verbindlichkeiten der Konkursbetreibung⁷.

Für die Unterstellung ist der Eintrag im Handelsregister als Kollektivgesellschaftler maßgebend (SchKG 39 I): ob der Eintrag zu Recht erfolgt ist und noch zu Recht besteht, ist von der Betreibungsbehörde nicht nachzuprüfen⁸.

2. *Dauer*: Nach der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister oder nach seiner Streichung als Gesellschaftler unterliegt der Kollektivgesellschaftler noch während sechs Monaten der Konkursbetreibung (SchKG 40 I).

Der Beginn dieser Frist war früher umstritten, es wurde geltend gemacht, daß die Existenz der Gesellschaft mit dem Beginn der Auflösung aufhöre⁹, und daß daher die Frist von diesem Zeitpunkte an zu laufen beginne; die Konkursbetreibung während sechs Monaten vom Beginn der direkten Belangbarkeit an komme den Interessen der Gesellschaftsgläubiger in genügender Weise entgegen¹⁰. Da die Gesellschaft bis zur Löschung der Firma im Handelsregister weiterexistiert und die Konkursfrist der Gesellschaft gegenüber erst von diesem Zeitpunkte an zu laufen beginnt¹¹, können auch die Gesellschaftler während sechs Monaten nach der Löschung der Firma oder der Strei-

die Natur, der Ursprung einer Forderung ist für die Art der Betreibung maßgebend, sondern die Rücksicht auf die übrigen Gläubiger, also ein Umstand, der mit den rechtlichen Beziehungen des einzelnen Gläubigers zum Schuldner nichts zu schaffen hat».

⁶ Vgl. das Protokoll. BBl 1886 III 616: «Ist aber eine größere Anzahl von Gläubigern vorhanden, so schädigt die Pfändung durch den einen Gläubiger die Rechte der übrigen, und nur der Konkurs, d.h. die Liquidation der gesamten Aktiven vermag die Rechtsgleichheit der Gläubigerschaft zu wahren. Konkursbetreibung ist also angezeigt gegen Schuldner, welche viele und zumal auch viele auswärtige Gläubiger besitzen».

⁷ Vgl. BGE 23 I 1978; ZBJV 49, S. 316; *Moor*, S. 89. Auch dann, wenn der Konkurs mangels Aktiven sogleich wieder eingestellt worden ist, untersteht der Kollektivgesellschaftler weiterhin der Konkursbetreibung, sofern die Gesellschaft nicht aufgelöst wird, vgl. ZR 46, N. 21.

⁸ Vgl. BGE 30 I 760 f.; ZR 46, N. 21.

⁹ Vgl. oben, S. 66, Anm. 6.

¹⁰ Vgl. BGE 31 I 715, 35 I 250; Archiv V S. 296.

¹¹ Vgl. *Moor*, S. 20 ff.

chung ihres Namens auf Konkurs betrieben werden¹². Die Frist hat den Charakter einer Nachfrist: die Betreibung auf Konkurs nur während sechs Monaten seit dem Eintritt der direkten Belangbarkeit würde den Gesellschaftsgläubigern in vielen Fällen nicht mehr erlauben, den Gesellschafter auf Konkurs zu betreiben, besonders wenn sich die mangelnde Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft erst im Verlaufe der Liquidation erweist¹³.

b) die Wechselbetreibung

Da der Kollektivgesellschafter auf Konkurs zu betreiben ist, unterliegt er auch der Wechselbetreibung (SchKG 177 I).

Umstritten ist einzig die Frage, ob und aus welchem Grunde der Gesellschafter wechselmäßig für einen Wechsel einzustehen hat, der nicht von ihm persönlich unterzeichnet ist, sondern nur mit der Firma der Gesellschaft oder mit der Unterschrift eines anderen, zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafters versehen ist. Gemäß OR 1044 I trifft die wechselmäßige Haftung nur bestimmte Personen, die den Wechsel ausgestellt, angenommen, indossiert oder mit einer Bürgschaftserklärung versehen haben; die Praxis dehnt die Haftung aus auf den Rechtsnachfolger des Wechselschuldners¹⁴, wie Erben und Übernehmer mit Aktiven und Passiven, und zum größten Teil auch auf den Kollektivgesellschafter¹⁵.

Es wird, wie auch für die Unterstellung des Gesellschafters unter die Konkursbetreibung, geltend gemacht, daß die Verpflichtungen der Gesellschaft und des Gesellschafters identisch seien, daß der Vertreter der Gesellschaft eigentlich die einzelnen Gesellschafter ver-

¹² Die Frist beginnt nach der Revision des Gesetzes auch im Gesellschaftskonkurs eindeutig erst nach dem Schluß des Konkursverfahrens gegen die Gesellschaft und nicht mit der Eröffnung des Konkurses zu laufen, da die Löschung im Handelsregister nach dem revidierten OR, Art. 939 III, und nach der VO über das Handelsregister, Art. 66 II, erst nach dem Schluß des Konkursverfahrens erfolgt; für den Beginn der Frist mit der Eröffnung des Konkurses, Moor, S. 25 und 73, gestützt auf die Handelsregister VO von 1890, Art. 28, Ziff. 1; ebenso Jaeger, Art. 40, N. 6.

¹³ Vgl. BGE 38 I 287 f., 41 III 333 — ZR 15, S. 382; BGE 62 III 133; SJZ 32, S. 330; Archiv III, S. 106; Sieguart, Art. 568 69, N. 28; Hartmann, Art. 568, N. 25; Jaeger, Art. 40, N. 1; so auch nach HGB 156.

¹⁴ Vgl. BGE 19, S. 262; Jaeger, Art. 178, N. 1; Blumenstein, S. 580 f.; Moor, S. 94 f.

¹⁵ Vgl. Sieguart, Art. 568 69 und dort zitierte Entscheide; Jaeger, Art. 178, N. 1; a. M. BGE 32 I 611.

trete¹⁶ und daher mit seiner Unterschrift oder mit derjenigen der Firma die Gesellschafter direkt wechselmäßig verhafte, oder auch daß der Gesellschafter der Rechtsnachfolger der aufgelösten Gesellschaft sei¹⁷.

Die wechselmäßige Haftung des Kollektivgesellschafters ist meines Erachtens eine direkte Folge der Funktion seiner Haftung als Kreditbasis der Gesellschaft. Da die Gesellschaft kein bestimmtes, den Gläubigern verhaftetes Gesellschaftsvermögen aufweist und an die Stelle des Gesellschaftsvermögens die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft tritt (OR 568 I), muß der Gesellschafter auch für die Wechselverbindlichkeiten der Gesellschaft eintreten, und zwar wechselmäßig wegen der Natur der Forderung, die eine andere Befriedigung unter Umständen, wenn der Wechselunterschrift kein materielles Schuldverhältnis zu Grunde liegt, nicht erlauben würde¹⁸.

III. Das Betreibungsverfahren

a) im allgemeinen

Wie das Prozeßverfahren ist auch das Betreibungsverfahren gegen den Gesellschafter unabhängig von demjenigen gegen die Gesellschaft. Die Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft hat den Konkurs des Gesellschafters nicht zur Folge, und umgekehrt zieht auch der Konkurs über den Gesellschafter den Konkurs der Gesellschaft nicht nach sich (OR 571 I und II)¹⁹. Das Betreibungsverfahren gegen den Gesellschafter vollzieht sich, getrennt von jedem Vollstreckungsver-

¹⁶ Analog dem Beauftragten (OR 396 III), dem Prokuristen (OR 459 I) und dem Handlungsbevollmächtigten (OR 462 II).

¹⁷ Vgl. BGE 39 I 298: «In der Unterzeichnung des Wechsels durch den vertretungsberechtigten Gesellschafter mit der Firma liegt aber nichts anderes als ein solcher Fall der Wechselzeichnung durch Stellvertretung, dessen Besonderheit lediglich darin besteht, daß an Stelle der Bezeichnung der Gesellschafter mit ihrem gewöhnlichen bürgerlichen Namen diejenige mit ihrem kaufmännischen Namen der Firma tritt»; ZR 13, N. 195, 29, N. 135; BIHE 13, N. 195, 17, N. 52; *Siegwart*, Art. 568/69, N. 30; *Moor*, S. 93 ff.

¹⁸ Vgl. ZR 18, N. 142, S. 276; BIHE 13, N. 195; Sem 19, S. 736, 28, S. 480; *Hagmann*, S. 19.

¹⁹ Vgl. die eingehende Berücksichtigung der historischen Entwicklung und der Regelung in den verschiedenen Ländern von *Moor*, S. 115 ff.

fahren gegen die Gesellschaft, nach den ordentlichen Vorschriften des Konkursgesetzes^{20, 21}, mit den Einschränkungen, auf die wir im Folgenden zu sprechen kommen werden, oder die wir im Zusammenhange mit der Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft oder über den Gesellschafter schon erwähnt haben²².

b) der Verlustschein aus dem Gesellschaftskonkurs

Da das Konkursverfahren gegen die Gesellschaft von demjenigen gegen den einzelnen Gesellschafter getrennt ist, kann der Gesellschaftsgläubiger mit einem Verlustschein aus dem Gesellschaftskonkurs jederzeit gegen den Gesellschafter vorgehen, ohne daß er zu beweisen braucht, daß der Gesellschafter zu neuem Vermögen gekommen ist (SchKG 265 II)²³. Der Gläubiger kann, sofern er seine Forderung im Konkurs des Gesellschafters nicht eingegeben hat, auch nach der Durchführung des Konkurses gegen den Gesellschafter oder nach dessen Einstellung mangels Aktiven den Gesellschafter auf Grund eines Verlustscheines aus dem Gesellschaftskonkurs belangen.

Der Kollektivgesellschafter hat für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzustehen, soweit sie gegenüber der Gesellschaft zu Recht bestehen oder von ihr anerkannt worden sind²⁴; der Verlustschein, der durch einen bevollmächtigten Gesellschaftsvertreter anerkannt worden ist, muß wie jedes von der Gesellschaft ausgestellte Schuldbekenntnis oder das gegen die Gesellschaft gefällte Urteil eine Schuldanerkennung darstellen, für die der Gesellschaftsgläubiger die provisorische Rechtsöffnung gegen den Gesellschafter verlangen kann (SchKG 82 I)²⁵.

²⁰ Gegen den Gesellschafter ist ein besonderer neuer Zahlungsbefehl zu richten, vgl. *Sieglwart*, Art. 568/69, N. 31, und eine besondere Konkursandrohung, vgl. Sem 22, S. 316.

²¹ Vgl. SZBKR 2, N. 137 = SJZ 10, S. 157, wo von der Voraussetzung ausgegangen wird, daß die Kollektivgesellschaft keine juristische Person sei, jedoch mit der Einschränkung: «Im Verkehr tritt die Kollektivgesellschaft als ein selbständiges von den einzelnen Gesellschaftern losgelöstes Subjekt auf»; *Hartmann*, Art. 568, N. 25; *Jaeger*, Praxis, Art. 80, N. 2.

²² Vgl. oben, S. 70 ff., 74 f.

²³ Vgl. ZR 25, N. 196 = SJZ 23, S. 108; Sem 24, S. 495; *Sieglwart*, Art. 568/69, N. 32; *Hartmann*, Art. 570, N. 13.

²⁴ Vgl. oben, S. 56 f.

²⁵ Vgl. oben, S. 79 f.; ZBJV 42, S. 325; SJZ 10, S. 13; VAargR 23, S. 61; *Sieglwart*, Art. 568/69, N. 32; *Jaeger*, Art. 82, N. 3. Jedoch nicht, weil jeder Gesellschafter

c) der Arrest

Der Arrest kann gemäß SchKG 271 II auch für nicht verfallene Forderungen verlangt werden, wenn auch nur in den in SchKG 271 I Ziff. 1 und 2 genannten Fällen. OR 152 II stellt dem bedingt Berechtigten bei Gefährdung seiner Rechte dieselben Sicherungsmaßregeln zur Verfügung, wie wenn seine Forderung eine unbedingte wäre, und damit auch den Arrest²⁶.

Wenn der Kollektivgesellschafter keinen festen Wohnsitz hat (SchKG 271 I Ziff. 1) oder in der Absicht, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, Vermögensgegenstände beiseite schafft, sich flüchtig macht oder Anstalten zur Flucht trifft (SchKG 271 I Ziff. 2), soll dem Gesellschaftsgläubiger schon vor dem Eintritt der direkten Belangbarkeit das Recht zustehen, das Privatvermögen des Gesellschafters mit Arrest belegen zu lassen, da die Voraussetzungen der direkten Belangbarkeit (OR 568 III) als Rechtsbedingungen den aufschiebenden Bedingungen gleichzustellen seien. Die Subsidiarität der Haftung des Kollektivgesellschafters soll, wenn einer der in SchKG 271 I Ziff. 1 und 2 genannten Arrestgründe vorliegt, zum Schutze der Interessen der Gläubiger wegfallen, da der Arrest die Fälligkeit der Forderung bewirke (SchKG 271 II)²⁷.

Die Rechtsbedingungen können jedoch gar nicht oder nur in bestimmten, mit den echten Bedingungen gleich gelagerten Fällen den Bestimmungen von OR 151 ff. unterworfen werden²⁸. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Gesellschafter und dem Gesellschaftsgläubiger vor dem Eintritt der direkten Belangbarkeit ist von dem zwischen zwei Vertragspartnern grundsätzlich verschieden. Neben dem Gesellschafter haftet ein besonderes Vermögenssubjekt, die

durch die Zeichnung der Firma kraft Stellvertretung verpflichtet wäre, vgl. *Jaeger*, Praxis, Art. 82, N. 3, gestützt auf BGE 39 I 298, oder weil die Gesellschafter Rechtsnachfolger der aufgelösten Gesellschaft wären, vgl. ZBJV 48, S. 285, oben, S. 88, Anm. 17. A.M. BIHE 19, N. 56, wegen der scharfen Trennung der beiden Konkursverfahren, ohne auf die Bedeutung des Verlustscheinens als Schuldanererkennung einzugehen; Archiv II, S. 135, von einem streng formalen Standpunkte aus.

²⁶ Vgl. BGE 27 II 191 f.

²⁷ Vgl. ZR 19, N. 96 = SJZ 16, S. 230; *Siegwart*, Art. 568/69, N. 33; *Kaufmann*, S. 177, der für eine Übertragung dieser Regelung auf die Haftung des Mitgliedes einer GmbH eintritt.

²⁸ Vgl. *von Tuhr*, OR, S. 703 f.; *Becker*, Vorb. zu Art. 151 ff., N. 3; *Oser-Schönenberger*, Vorb. zu Art. 151 ff., N. 9.

Gesellschaft als Hauptschuldnerin²⁹, gegen die jederzeit auch auf dem Wege des Arrestes vorgegangen werden kann.

Die Geltendmachung der Haftung gegenüber dem Gesellschafter hat das Gesetz von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht, denen als *lex specialis* der Vorrang vor dem Gläubigerschutz von OR 152 II zukommt, ganz abgesehen davon, daß bei der Haftung des Kollektivgesellschafters nicht der Bestand der Forderung an sich, sondern nur ihre Geltendmachung bedingt ist. Der Kollektivgesellschafter kann wie der Bürge, als subsidiär Verpflichteter, solange die Gesellschaft als Hauptschuldnerin zahlungsfähig ist, den Schutz vor Maßnahmen der Gesellschaftsgläubiger für sich beanspruchen, der ihm durch die Subsidiarität seiner Haftung ausdrücklich gewährleistet wird³⁰, es sei denn, eine spezielle Norm dehne die Anwendung des Arrestes *expressis verbis* auf die Haftung des Gesellschafters aus und hebe die Subsidiarität der Haftung in diesem Falle zusätzlich auf³¹.

IV. Der Nachlaßvertrag

Der einem Schuldner gewährte Nachlaßvertrag erstreckt sich nicht auf Mitschuldner, Bürgen und Gewährspflichtige, sofern der Gläubiger dem Nachlaßvertrag nicht zugestimmt hat oder den genannten Personen unter Wahrung bestimmter Formen die Abtretung seiner Forderung gegen Zahlung angeboten hat (SchKG 303 I und II).

Trotzdem wir die Haftung des Kollektivgesellschafters als bürgschaftsähnliche Erscheinung charakterisiert haben und sich die Unterstellung des Kollektivgesellschafters unter SchKG 303 auch als Gewährspflichtiger ergeben könnte³², erstreckt sich die Wirkung des zu Gunsten einer Kollektivgesellschaft abgeschlossenen Nachlaßver-

²⁹ Vgl. oben, S. 47 f.

³⁰ Vgl. *Hartmann*, Art. 568, N. 17 und 28.

³¹ Zum gleichen Resultat gelangt Schultheß, ZSR 44, S. 71, Anm. 15, für den Bürgen; wobei er noch darauf hinweist, daß bei einer Gleichstellung der *condicio juris* mit einer aufschiebenden Bedingung die Bestimmung von SchKG 215, wonach Bürgschaftsforderungen im Konkurse des Bürgen eingegeben werden dürfen, auch wenn sie noch nicht fällig sind, überflüssig wäre, da sich in diesem Falle die Zulassung des Gläubigers im Konkurse des Bürgen schon aus SchKG 210 ergeben würde: das Gleiche gilt auch für den Kollektivgesellschafter in bezug auf die Belangbarkeit im Konkurse des Gesellschafters, SchKG 218 II und OR 568 III.

³² Vgl. SJZ 8, S. 72; über den Begriff des Gewährspflichtigen, vgl. *Blumenstein*, S. 717, Anm. 9; *Jaeger*, Art. 309, Anm. 3;

trages, wegen der besonderen Natur ihrer Haftung, auch auf sämtliche Gesellschafter³³.

Die Gewährung eines Nachlaßvertrages hängt in maßgebender Weise von der Vermögenslage des Schuldners ab (SchKG 293 und 294 I). Da die Höhe des Gesellschaftsvermögens dem Einfluß der Gesellschaftsgläubiger vollständig entzogen ist und vom Willen der Gesellschafter abhängt, demgegenüber die Gesellschafter für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzustehen haben und der Gesellschaft ihre eigentliche Kreditbasis vermitteln, muß die Prüfung der Vermögenslage der Gesellschaft das Privatvermögen der Gesellschafter mit einbeziehen³⁴. Daraus folgt, daß sich die Wirkung des Nachlaßvertrages auch auf die Gesellschafter erstrecken muß, soweit es sich um ihre Haftung für Gesellschaftsschulden handelt; weder die Gesellschafter, noch die Gesellschaftsgläubiger und letzten Endes auch nicht die Gesellschaft selbst, da ihre Kreditbasis, auf der eine Fortdauer ihrer Geschäftstätigkeit beruht, durch das Privatvermögen der Gesellschafter gebildet wird, hätten sonst ein Interesse am Abschluß eines Nachlaßvertrages³⁵.

Der vom bevollmächtigten Gesellschaftsvertreter zu Gunsten der Gesellschaft abgeschlossene Nachlaßvertrag muß sämtliche Gesellschafter, auch wenn sie nicht selbst den Nachlaßvertrag unterzeichnet haben, von ihrer Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft befreien³⁶.

³³ Vgl. BGE 32 II 478, 37 I 160, 45 II 301; ZBJV 45, S. 112 = SJZ 5, S. 312; ZBJV 50, S. 325; SJZ 10, S. 212; Rep 1919, S. 183 ff.; *Siegwart*, Art. 568, N. 24; *Hartmann*, Art. 570, N. 14; *Moor*, S. 173 f.; *Mangold*, S. 60 f.; unentschieden, BGE 62 III 133; a. M. SJZ 8, S. 72, wonach wegen der vollständigen Trennung der Vollstreckungsverfahren auch der Kollektivgesellschafter als Gewährspflichtiger SchKG 303 unterstehe.

³⁴ Vgl. BGE 48 III 246, 59 III 108; *Hartmann*, Art. 570, N. 15.

³⁵ Vgl. ZBJV 50, S. 164 f.; BIHE 20, S. 271 = Sem 24, S. 434 ff.; Sem 33, S. 272; SJZ 10, S. 212; *Moor*, S. 174; *Mangold*, S. 60 f.; *Steinmann*, S. 60, der noch das weitere, ausschlaggebende Argument anführt, daß, wenn der Nachlaßvertrag vor der Eröffnung des Konkurses oder der Auflösung der Gesellschaft zu Stande kommt und den Weiterbestand der Gesellschaft ermöglicht, die Belangung der Gesellschaften wegen der Subsidiarität ihrer Haftung ohnehin nicht möglich wäre.

³⁶ Vgl. *Hartmann*, Art. 570, N. 14; a. M. *Jaeger*, Art. 293, Anm. 1, Art. 303, Anm. 3, der in Anschluß an die deutsche Konkursordnung, § 211, die Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter fordert, und aus diesem Grunde die Ausdehnung auf die Gesellschafter als Ausnahme zu SchKG 303 gewährt; vgl. die Kritik dazu in BGE 32 II 478; a. M. auch ZBJV 48, S. 257 f.; SJZ 32, S. 265; MBK III, S. 57, N. 38.

Die gleiche Wirkung wie dem Nachlaßvertrag kommt der Nachlaßstundung als Vorbereitungsstadium für den Abschluß des Nachlaßvertrages zu³⁷. Dagegen hemmt die bloße Möglichkeit oder der Versuch einen Nachlaßvertrag zu erhalten, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, die Belangbarkeit der Gesellschafter nicht³⁸.

Vom Nachlaßvertrag ist auf Grund von SchKG 303 nur der Gesellschafter ausgeschlossen, der sich für eine Gesellschaftsschuld zusätzlich noch verbürgt hat³⁹.

³⁷ Vgl. *Sieewart*, Art. 568/69, N. 15; *Hartmann*, Art. 570, N. 16; a. M. SJZ 17, S. 287 = Rep 1923, S. 497 f., da hier im Gegensatz zur Regelung beim Nachlaßvertrag die bei der Solidarität geltenden Grundsätze wieder analog herangezogen werden; a. M. BGE 59 III 111 f., da die Belangung des Gesellschafters wegen der Subsidiarität seiner Haftung ohnehin nicht gegeben wäre; es kann aber der Fall eintreten, daß die Subsidiarität, z. B. wegen der Auflösung der Gesellschaft, schon weggefallen ist.

³⁸ Vgl. BGE 62 III 133; ZBJV 42, S. 330; *Sieewart*, Art. 568/69, N. 15; *Hartmann*, Art. 570, N. 16.

³⁹ Vgl. ZR 20, N. 118, S. 237; Rep 1919, S. 184 f.; *Sieewart*, Art. 568/69, N. 6 und 24; *Hartmann*, Art. 568, N. 46; a. M. BGE 45 II 301 f.; auch wechselmäßig, vgl. BGE 32 I 387.

Curriculum vitae

Am 24. November 1927 in Basel geboren, verlebte ich die ersten vierzehn Jahre am Ortasee in Italien. Ich besuchte die fünf Klassen der Dorfschule von Gozzano, dann während zweieinhalb Jahren die Schweizerschule in Mailand. Im Frühjahr 1941 übersiedelten meine Eltern nach Zürich, wo ich in die zweite Klasse des kantonalen Gymnasiums aufgenommen wurde. Nach der Maturität (Typus B) immatrikulierte ich mich im Oktober 1946 an der juristischen Fakultät der Universität Zürich. Vom Sommersemester 1948 ließ ich mich wegen Militärdienst beurlauben. Das Wintersemester 1948/49 und das Sommersemester 1949 verbrachte ich in Genf; in den darauffolgenden Semesterferien besuchte ich einen Ferienkurs in Cambridge. Am 1. November 1952 schloß ich meine Studien mit der letzten mündlichen Prüfung ab.

